



Centro Universitário de Brasília – UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais – FAJS
Curso de Direito

THAYS DO CARMO OLIVEIRA DE BESSA

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE: MITIGAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO
SANCIONATÓRIO**

BRASÍLIA

2019

THAYS DO CARMO OLIVEIRA DE BESSA

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE: MITIGAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO
SANCIONATÓRIO**

Monografia apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.

Orientador: Prof. PhD. André Pires Gontijo.

Brasília

2019

THAYS DO CARMO OLIVEIRA DE BESSA

**MODULAÇÃO DOS EFEITOS TEMPORAIS DA DECLARAÇÃO DE
INCONSTITUCIONALIDADE: MITIGAÇÃO DO CONSEQUENCIALISMO
SANCIONATÓRIO**

Monografia apresentada como requisito
parcial para a obtenção do título de Bacharel
em Direito da Faculdade de Ciências
Jurídicas e Sociais (FAJS) do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.

BRASÍLIA, 31 DE OUTUBRO DE 2019

BANCA AVALIADORA

PhD. ANDRÉ PIRES GONTIJO

Professor Orientador

PhD. KARLA MARGARIDA MARTINS SANTOS

Professora Avaliadora

AGRADECIMENTOS

A Deus, pois sem Ele esta jornada não seria cumprida. Aos meus amados pais, William Oliveira e Izabel Bessa, por acreditarem e apoiarem meu sonho. Ao meu irmão que acompanhou a minha dedicação e torceu por mim. Ao meu namorado pelo apoio e incentivo. Às minhas amigas que estiveram ao meu lado durante o percurso acadêmico. Ao meu orientador e aos meus professores pelas contribuições dadas durante todo o processo. A esta universidade que se compromete com a qualidade e excelência do ensino.

“O preço da liberdade é a eterna vigilância”

Thomas Jefferson

RESUMO

A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é dosagem da sanção ao vício de inconstitucionalidade. A modulação está vinculada à existência da colisão entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, e para solucionar essa colisão o Supremo Tribunal Federal utiliza-se da técnica da ponderação. O objetivo deste trabalho é compreender, analisando-se a ADI 4029 do DF, como a técnica da ponderação, mero juízo de razoabilidade, viabiliza o uso da argumentação consequencialista e, por conseguinte, a insegurança jurídica. Para tanto, o primeiro capítulo da pesquisa, dedicou-se à análise da natureza jurídica da decisão de inconstitucionalidade. No segundo capítulo, analisou-se a ADI 4029 e as fragilidades, bem como incongruências da técnica utilizada para modular os efeitos da decisão. No terceiro capítulo, propõe-se a substituição da técnica da ponderação pela subsunção, já que a “ponderação à brasileira” suscita as fragilidades do método, possibilitando fundamentações desprovidas de embasamentos empíricos com alto grau de discricionariedade. Desta forma, concluiu-se que a substituição da técnica é via acertada, pois propiciará maior racionalidade -congruência com parâmetros empíricos-; segurança jurídica, previsibilidade às decisões atinentes à modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

Palavras-Chave: Direito Constitucional. Controle de constitucionalidade. Modulação dos efeitos. Ponderação de princípios. Consequencialismo. Subsunção.

SUMÁRIO

1	CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE.....	12
2	OS EFEITOS E A NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE.....	18
3	ADI 4.029 do Distrito Federal	22
	3.1Análise crítica da ADI 4.029 - Argumentação consequencialista; “O governo dos Juízes”	26
4	Análise dos requisitos.....	40
5	Do Projeto	47
	5.1.Acareação dos paradigmas.....	52
6	CONSIDERAÇÕES FINAIS	56
	REFERÊNCIAS	58

INTRODUÇÃO

O presente tema está situado dentro da área constitucional, mais especificamente na subárea do controle de constitucionalidade modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade. Adotar-se-á a concepção de que a invalidação da norma incompatível é sanção ao vício de inconstitucionalidade e, por sua vez, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é dosagem da extensão da sanção à inconstitucionalidade.

Nesse sentido, o tema é de grande relevância já que se está diante da faculdade de reconhecer ou declarar a inconstitucionalidade, a qual é consectária da função jurisdicional, e por consequência cabe a quem quer que exerça esta última, a fim de resguardar a vontade do Poder Constituinte Originário, o espírito da Constituição e a hierarquia no ordenamento jurídico. À Suprema Corte é conferida a prerrogativa da modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade, prevista na lei número 9.868 de 10 de novembro de 1999, artigo 27. Este artigo é objeto de Ação Direta de Inconstitucionalidade- ADI's 2154/DF e 2258/DF- por ofensa ao Estado Democrático de Direito (artigo 1º da CRFB/88), ao princípio da legalidade (artigo 5º, inciso II, da CRFB/88), indiretamente ao princípio da igualdade formal, igualdade perante a lei, ou igualdade na aplicação da lei¹.

A proposta deste ensaio é analisar a ausência ou a não utilização de parâmetros condignos ou até mesmo limites, a dosagem da extensão da sanção à inconstitucionalidade, aptos a excepcionar a regra em que a invalidação retroage *ex tunc*. Embora, a teoria da nulidade, também aplicada ao direito público, afirme que o ato normativo nulo é inexistente, destarte os “atos inconstitucionais são nulos e desprovidos de qualquer carga de eficácia

¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 2154**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Foram apensados aos presentes ADI 2154 os autos da ADI 2258, para processamento conjunto, dada à imbricação parcial dos respectivos objetos, relativos à L. 9868/99- “que dispõe sobre o processo é julgamento da ação de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal” [...]. Requerente: Confederação Nacional Das Profissões Liberais - CNPL; Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: 24/09/2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1807999>. Acesso em 07 de set. de 2019.

jurídica”². Nesse viés, os atos incompatíveis formal ou materialmente com a Constituição não perfazem nem o plano da existência da Escada Ponteana.

No método da ponderação, os princípios são sopesados a fim de definir, sob critérios de proporcionalidade, a incidência ou não da modulação de efeitos. A coesão e a coerência na fundamentação principiológica instrumentalizam a concepção de completude, unidade da ordem jurídica constitucional e propicia segurança jurídica, porquanto o texto-lei é um universo aberto em que o intérprete pode construir infinitas interconexões. Assim, a falta de uma clara teoria de fundo que direcione, limite e forneça coerência e coesão à interpretação abre a possibilidade de se utilizar de critérios de conveniência, conformando o “Direito” à “mera” política³ em que o discurso pode não passar de retórica.

A presente pesquisa está metodologicamente agregada à posição de Pooper⁴- para quem o espectador já inicia o seu intento delimitado por uma tese por si concebida-, destarte diante da análise da repercussão da técnica utilizada na modulação de efeitos a síntese terá como intuito reduzir a imprevisibilidade, insegurança jurídica, o consequencialismo e a discricionariedade.

A Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4029 do Distrito Federal⁵ será paradigma para a presente pesquisa. Para a construção do tema utilizou-se de pesquisas em livros clássicos do direito constitucional, bem como em Revistas, Artigos Científicos, Teses, Dissertações.

A escolha por analisar o uso de argumentos consequencialistas (consequencialismo sancionatório), em sua concepção ampla, e o interpretacionismo justifica-se, pois, ao

² BRASIL. **ADI 1434-0**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Tribunal Pleno. Constituição do Estado de São Paulo (art. 101) - Equiparação, em vencimentos e vantagens, entre procuradores do Estado e procuradores autárquicos- alegação de ofensa à Constituição Federal (art. 37, XIII; art. 39, §1º, II, C) [...]. Rel. Min. Celso de Mello. Julgamento: 20 de ago. de 1996.

³ COUTO, Anderson Araújo. **Irreversibilidade da Modulação de Efeitos no Sistema Jurídico brasileiro**. Artigos Jurídicos. 2013.p 67.

⁴ GANEM, Angela. **Karl Popper versus Theodor Adorno: lições de um confronto histórico**. Revista de Economia Política, vol. 32, nº 1, jan. /mar. 2012. p. 99.

⁵ GILMAR Mendes. Supremo Tribunal Federal. Revista de Direito Sanitário 11, nº 3 (1º de fevereiro de 2011): 203. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v11i3p203-203>. Acesso em: 09 de set. de 2019.

modular, os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) apresentam uma argumentação voltada às consequências, ao raciocínio prospectivo, modulam sem analisar especificamente e sem a devida perícia a potencialidade lesiva reflexa às demais relações vinculadas a essa decisão, preterindo, desta maneira, uma perceptiva em detrimento de outra(s) e, a essa prática, atribui-se o conquentialismo sancionatório, decisões sancionatórias sem aportes empíricos.

A modulação exige um exercício de constatação da excepcionalidade no caso concreto, e essa atividade estabelece elo com a *intentio operis*, que tem como fonte e estrutura a linguagem. O interpretacionismo é o uso do texto⁶ pelo intérprete a fim de linguisticamente fundamentar sua decisão, o que se distingue de sua interpretação, de modo que o uso pressupõe a referência ao texto-fonte como pretexto, ou seja, o intérprete nesse contexto refere-se à norma, princípios - texto-fonte- para mero alicerce a seus fins. Isto nos faz admitir que ao menos na modulação de efeitos o direito é o que for decidido, logo a solução pode se dar em procedimento de jurisdição autoritária.

A fundamentação teórica será elaborada de modo geral até chegar à problematização, ou seja, do geral para o específico. Primeiramente, será explanado o conceito de inconstitucionalidade, de controle de constitucionalidade, os efeitos e a natureza jurídica da decisão que declara a inconstitucionalidade a fim de se constituir esteio para a melhor compreensão da crítica proposta.

Faz-se necessário estabelecer, neste desdobramento, qual é a natureza jurídica da decisão que declara a inconstitucionalidade, visto que será tratada com sanção ao vício de inconstitucionalidade, e consequentemente a extensão desta sanção é denominada: modulação de efeitos.

A *posteriori* será analisada a ADI nº 4.029, a qual questiona a juridicidade da Lei Federal nº 11.516/07, que criou nova entidade autárquica cognominada Instituto Chico

⁶ ECO, Umberto. **Os limites da interpretação**. Trad. de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2004. p. 18.

Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), e diante do vício de inconstitucionalidade a modulação dos efeitos temporais em “bloco”.

Será analisada sob um viés crítico a ADI nº 4.029 do Distrito Federal⁷, fazendo um paralelo e uma análise reflexiva/crítica sobre o que ocorre na prática para se verificar os desacertos, a ausência quase que absoluta de requisitos preestabelecidos para nortear a atividade jurisdicional, o subjetivismo albergado pela técnica da ponderação de princípios, a necessidade de alterar esta técnica com escopo de mitigar a discricionariedade e o consequencialismo. Todos esses desacertos e suas conseqüentes repercussões serão apresentados com respaldo no caso concreto, e se vinculará tais repercussões ao “Governo dos Juízes”.

No terceiro item apresentar-se-á a análise crítica dos pressupostos, requisitos, que possibilitam a ocorrência da modulação dos efeitos da decisão. Por derradeiro, apresentar-se-á proposta de substituição prevendo medida de modificação do critério interpretativo utilizado na modulação para sanar/mitigar os problemas apontados.

Traça-se como objetivo precípuo a proposta legislativa para inserir no art. 27 da Lei nº 9. 868 de 10 de novembro de 1999, parâmetros para dosagem do conteúdo da modulação de efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade (dimensão da sanção). Em razão da precariedade na utilização da técnica da ponderação pelo STF na modulação será sugerida a técnica da subsunção que mitiga discricionariedades, subjetivismos, insegurança jurídica e, por conseguinte, proporciona maior previsibilidade.

E como objetivos paralelos: análise do conceito de inconstitucionalidade, de controle de constitucionalidade; os efeitos e a natureza jurídica da decisão que declara a inconstitucionalidade; estudo de caso referente à ADI 4.029, apontamento de problemas

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta De Inconstitucionalidade. **Lei Federal nº 11.516/07**. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do IBAMA. Entidade de Classe de âmbito nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da constituição[...]. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento 08 de mar. de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 30 de ago. de 2019.

relacionados ao interpretacionismo, e a utilização de argumentos consequencialistas; a fuga dos critérios preestabelecidos na ponderação de princípios, a repercussão prática da técnica utilizada no sistema jurídico brasileiro.

CONCEITO DE INCONSTITUCIONALIDADE E DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Para a *teoria constitucionalista*⁸ ou para o pós-positivismo a Constituição ocupa um lugar de centralidade no sistema jurídico dos Estados ocidentais. A centralidade constitucional estabelece certo elo com o Estado de Bem-Estar Social concebido pós segunda grande guerra, e isso reflete em maiores exigências argumentativas, redirecionando a prática jurídica. A fundamentação das decisões passa a ser critério de legitimidade em um Estado Constitucional, pois é com base na fundamentação que a decisão se sujeitará à controle.

A compreensão da conexão entre decidir e argumentar atrela-se à exigência de maior empenho do Estado para alcançar a legitimidade, através do Direito, pela qualidade do provimento jurisdicional; uma vez que o regime de governo democrático e o compromisso constitucional impõem uma atividade perene de justificação.

A Constituição estrutura o Estado, discrimina as competências, confere direitos e impõe obrigações. Todos os poderes derivam da Constituição. Os atos e as leis são legítimos desde que feitos nos limites dos poderes constitucionais. Sob esse aspecto, diz: inconstitucional todo ato que direta ou indiretamente contraria a Constituição. A ofensa resulta da simples inconciliabilidade com a Constituição, a qual é direta quando viola o direito expresso; e indireta, quando é incompatível com o espírito ou sistema da Constituição⁹.

O Poder Constituinte, cujo povo é titular e o exercício dá-se pelos seus representantes, conforme perspectiva juspositivista, é juridicamente ilimitado, isto é, não se sujeita a nenhuma ordem jurídica superior. Contudo, segundo a visão jusnaturalista, o poder constituinte originário só é juridicamente ilimitado, mas a cultura, religião, tratados

⁸ ROESLER, Claudia Rosane. **Argumentação Judicial e Controle Racional: o “estado da arte” da justificação das decisões judiciais nos tribunais superiores brasileiros**. [s.d.]. Projeto de pesquisa. Programa de pós-graduação em direito da universidade de Brasília. p. 05.

⁹ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, out. de 1958. p. 19.

internacionais e os direitos humanos impõem restrições, logo a limitação não é absoluta, e sim relativa.

O poder Constituinte Originário ilimitado, incondicionado, de fato, autônomo, político preservou o seu titular da volubilidade da maioria na legislatura ordinária; elevou certas situações jurídicas à iminência de Direito constitucional e armou o cidadão com instrumentos aptos a protegê-los contra as violações ou usurpações de qualquer outro poder¹⁰. Limita-se, desta forma, o poder Constituinte Derivado reformador.

Na doutrina americana, a qual neste contexto muito influenciou o Brasil, desde o século XIX, prevalece a teoria da nulidade dos atos contrários à Constituição reconhecidos pelo Poder Judiciário e obsta-se a ideologia que estabelecia primazia à supremacia do parlamento. A questão outrora enfrentada era: o Poder Judiciário poderia declarar a invalidade de leis elaboradas pelo Legislativo que estivessem em desconformidade com a Constituição? Prevaleceu a tese: os representantes do povo não poderiam gozar de mais poderes do que o próprio povo. Assim, a lei confeccionada pelo Legislativo que aviltar a Constituição não teria validade, posto que configura um ilícito e, por conseguinte, será acoimada de nula, pois os poderes do constituinte tem primazia em relação aos poderes dos constituídos¹¹. A regra, portanto, é a produção de efeitos *ex tunc*. Outrossim, a ideia de lei inconstitucional é posta como verdadeira contradição em termos, já que uma “lei inconstitucional” não é lei em sentido algum¹², e o juízo de inconstitucionalidade significaria de igual forma a nulidade de todos atos que tiverem se embasado na lei (ou não-lei) viciada.

A mitigação da tese da nulidade: concepção do modelo concentrado de fiscalização de constitucionalidade das leis, atribuída a Hans Kelsen, prevê que a lei inconstitucional seria meramente anulável, e a decisão que nega sua vigência possuiria caráter constitutivo-

¹⁰ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, out. de 1958. p. 19.

¹¹ FERREIRA, Carlos Wagner Dias. **Modulação do Efeitos da Declaração de Inconstitucionalidade no Controle Difuso**. Revista Esmafe: Escola de Magistratura Federal da 5ª Região, n.12, mar. 2007.

¹² TRIBE, Laurence Henry. **American constitutional law**. 3. ed., New York: Foundation, 2000, p.30 e s.; e PALÚ, Osvaldo Luiz. **Controle de constitucionalidade: conceitos, sistemas e efeitos**. 2. ed., São Paulo. 2001. p. 173.

positivo¹³. Essa decisão, albergada pelo argumento da anulabilidade, possui efeitos *ex nunc*, logo não se nega a eficácia da norma no período em que esteve em vigência até o momento em que é julgada incompatível com a constituição.

Hodiernas, torna-se inócua a escolha tanto pelo modelo norte-americano, quanto pelo modelo Kelseniano, pois ambos sofreram reformas e adaptações diante da incapacidade de proverem soluções aptas frente as demandas cada vez mais complexas, em termos de direitos e interesses envolvidos. Os modelos são flexíveis. Fato é que no contexto atual um não exclui a incidência do outro; no caso americano, a própria Suprema Corte Americana decidiu aplicar, em alguns casos, uma ideia desenvolvida por ela mesma de *limited prospectivity*, em paralelo em 1929 a constituição austríaca foi reformada, para admitir o controle difuso de constitucionalidade, cuja decisão poderia apresentar exceções ao efeito *ex tunc*¹⁴.

Na Teoria do Direito e na Teoria Constitucional há objeções quanto a natureza das normas constitucionais no que diz respeito à existência ou inexistência de normas constitucionais desprovidas de sanção, e se essa é elemento essencial ou prescindível. Contudo, considerando que é da natureza de qualquer norma a possibilidade de seu descumprimento, a relação entre norma e sanção¹⁵ é intuitivamente essencial. A sanção é, pois, mecanismo de desestímulo à edição de normas flagrantemente inconstitucionais mas também de restabelecimento da ordem jurídica violada¹⁶. Desta maneira, embora algumas normas não possuam sanção específica, o ordenamento como teia concatenada é sancionador e, portanto, garante-se.

A invalidação é norma sancionatória e objetiva assegurar a observância da norma sob tutela constitucional caso seja violada pelo ilícito da inconstitucionalidade. Logo, o controle jurisdicional de constitucionalidade é instrumento imprescindível para evitar que

¹³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed., São Paulo: Malheiros, 2004, p. 333-336. Esse foi o desenho institucional adotado pela constituição austríaca de 1920, reformada em 1929.

¹⁴ VILLALÓN, Pedro Cruz. **La formación del sistema europeo de control de constitucionalidad**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1987, p. 398 e ss.

¹⁵ MONTORO, André Franco, 2005. p.538 *apud* REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v.9, n.1, p.163-178, jan. /abr. 2014.

¹⁶ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma Jurídica**. 2ª ed., Bauru, Edipro, 2002. p. 153.

haja afrontas às garantias, aos direitos fundamentais, e para garantir segurança jurídica. A sanção à inconstitucionalidade busca restabelecer a soberania formal constitucional (atributo das constituições rígidas), a validade da Norma Fundamental, sentido lógico-jurídico de Hans Kelsen. Afastando-se, deste modo, a concepção de existência de normas constitucionais desprovidas de sanção, o que parece mais coerente com as inclinações atuais do Direito Constitucional.

A rigidez - predicado o qual garante a estabilidade das normas constitucionais através da exigência de procedimento especial, solene, dificultoso e com maiorias parlamentares diferenciadas - está intimamente ligada ao princípio da Supremacia da Constituição. Da rigidez emana o princípio que fixa a hierarquia da Constituição dentro do conjunto de normas do ordenamento jurídico. O princípio da Supremacia coloca a Constituição no vértice jurídico do país, como lei suprema do Estado, imediatamente aplicável por todos os operadores jurídicos, pois que possui conteúdo pleno de valores, princípios e direitos fundamentais¹⁷. De acordo com Prieto Sanchís, a Constituição é baliza de limitação e controle do poder: controle de constitucionalidade, de legalidade das atividades legislativa e administrativas do Estado respectivamente¹⁸.

No Brasil a concepção de nulidade da decretação da inconstitucionalidade não veio da jurisprudência já que a Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil de 1891, art. 59, §1.º, letra a, previa esta faculdade em paralelo com o sistema americano de controle incidental de constitucionalidade das leis e dos atos normativos na Constituição Provisória de 22 de junho de 1890 (artigo 58, § 1º, b) e no decreto nº 848, art. 9, parag. Único, letras a e b. Essa concepção seguiu o primado do Judiciário, sendo-lhe conferido o poder de decretar a inconstitucionalidade dos atos emanados do Legislativo e do Executivo em sua atividade atípica de legislar.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 40 ed., 2017. p. 47.

¹⁸ CARBONELL, Miguel. **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2. ed. 2005 p. 33 *apud* PIETRO SANCHÍS, Luis. *Neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, 1998.

Dado o caráter obrigatório da lei, esta é válida até que o Poder Judiciário a declare incompatível com a Constituição. Há presunção relativa de constitucionalidade das normas primárias, objeto, o que é de fundamental importância para a segurança jurídica. Não se trata de conjectura, probabilidade ou suposição: a obrigatoriedade existe.

Assim, consoante esse princípio, as leis não têm sua eficácia dependente de prévia apreciação pelo Poder Judiciário. Não se subordinam a sanção deste para que possam ser aplicadas aos fatos emergentes. Tornam-se definitivas e cogentes antes mesmo que o Judiciário as julgue e confirme. E, assim, somente podem ter a sua eficácia suspensa ou a sua aplicação recusada pelos tribunais quando existirem "razões peremptórias", isto é, a demonstração cabal da incompatibilidade com o texto da constituição. A ineficácia ou inconstitucionalidade da lei não se presume. Deste modo, enquanto não se fizer demonstração e os tribunais não a acolherem, a lei continua a vigorar na plenitude de seu império.

A inconstitucionalidade estabelece-se como sanção *in abstracto*, a qual cauciona a supremacia da norma constitucional, expurgando do ordenamento jurídico as normas contrárias. Tal sanção tem incidência no plano da validade, e essa terá seus efeitos dosados *in concreto*, estabelecendo-se a nulidade ou anulabilidade da norma sancionada.

Ao apreciar a alegação de inconstitucionalidade, bem como a modulação de efeitos, os juízes não deveriam as acolher por mera conjectura, senão apenas, quando a demonstração do conflito entre os dois textos legais se fizer de modo cabal, irrecusável, incontroverso. A inconstitucionalidade não pode ser presumida, há de ficar plenamente provada¹⁹. Em regra, a declaração de inconstitucionalidade enseja a nulidade da lei *ab initio*, nulidade de pleno direito, ou seja, interpreta-se que a declaração de inconstitucionalidade tem efeitos *ex tunc*, desde o momento que a lei entrou no ordenamento jurídico.

¹⁹ BRASIL. **Lei 9.868/99**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Artigo 27: Ao declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, e tendo em vista razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social, poderá o Supremo Tribunal Federal, por maioria de dois terços de seus membros, restringir os efeitos daquela declaração ou decidir que ela só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 09 de set. de 2019.

Contudo a Lei nº 9.868/99 no art. 27 instituiu a faculdade ao STF de restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade havendo dessa maneira a modulação, dosagem dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. O instituto configura-se “contra-ordem” ao Direito, pois mantêm os atos que foram invalidados, à vista de garantir segurança jurídica ou excepcional interesse social, desde que por maioria de dois terços de seus membros, podendo restringir os efeitos da declaração ou decidir que a decisão só tenha eficácia a partir de seu trânsito em julgado ou de outro momento que venha a ser fixado. A modulação dos efeitos temporais da decisão de inconstitucionalidade deve ser entendida como técnica através da qual a jurisdição constitucional determina outro alcance temporal para a invalidação da lei inconstitucional. Diz-se “contra-ordem”, pois o efeito da invalidação não será o preferencialmente previsto pelo sistema jurídico: *ex tunc*.

A aparente impossibilidade da existência de prescrições válidas e inválidas, no que tange à constitucionalidade parcial, vale consideração pois há situações paralelas em que uma lei pode ser válida em relação a certo número de casos ou pessoas e inválida em relação a outros²⁰.

²⁰ GRINOVER, Ada Pellegrini admoesta: “A decisão declaratória de inconstitucionalidade, operada incidenter tantum, não tem o condão de fazer coisa julgada material. A lei continua eficaz, podendo qualquer juiz, e inclusive o próprio Supremo Tribunal Federal, aplicá-la por entendê-la constitucional, enquanto o Senado Federal, por resolução, não suspender sua executoriedade. A partir desse momento, a manifestação do Senado — que não revoga nem anula a lei — simplesmente lhe retira a eficácia erga omnes, mas, por isso mesmo, ex nunc, consoante a que parece ser a melhor doutrina”. **Ação rescisória e divergência de interpretação em matéria constitucional.** Artigo doutrinário in Revista dos Tribunais, ano 5, n. 17 - outubro/dezembro, 1996.

OS EFEITOS E A NATUREZA JURÍDICA DA DECISÃO QUE DECLARA A INCONSTITUCIONALIDADE

A invalidação de atos inconstitucionais importa declaração de nulidade da lei ou do ato, e essa é sanção jurídica, uma vez que a consequência prevista como resposta à violação do sistema jurídico reveste-se de natureza sancionatória.

No plano da eficácia supõe-se o “ser”, ou seja, na máxima que há lei o plano da existência mostra-se superado existindo lei e havendo *quaestio iuris praeiudiciales* a fim de atribuir-lhe invalidade ou não, e assim será se ofender a Constituição. Logo, a invalidação, reação à contrariedade à Constituição, é sanção ao vício de inconstitucionalidade. Portanto, a *quaestio iuris praeiudicialis* poderá acarretar decisão com eficácia constitutiva positiva. Destarte, a ação declaratória de inconstitucionalidade é constitutiva positiva, ou melhor, condenatória.

Negando o caráter declaratório à decisão de inconstitucionalidade, assim conclui Pontes de Miranda: "Para que a decisão positiva sobre a inconstitucionalidade fosse declaratória, seria preciso que a lei, eivada de tal vício, não existisse, de jeito, que o juiz ou o Tribunal diria: "Não existe" e a eficácia seria a de toda decisão declarativa[...]"²¹.

Nesse mesmo entendimento, Kelsen e Calamandrei postulam que a natureza jurídica da decisão que reconhece a inconstitucionalidade é constitutiva e não declaratória.

Uma norma jurídica é sempre válida, não pode ser nula, mas pode ser anulada. Há, todavia, graus diversos de anulabilidade. O ordenamento jurídico pode autorizar um órgão especial a declarar a nulidade de uma norma, a anulá-la com efeito retroativo, de modo que possam ser eliminados os efeitos Jurídicos produzidos precedentemente por ela. Isso ocorre habitualmente, embora inexatamente, afirmando que a

²¹ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de constitucionalidade no Direito brasileiro**. 1958 p. 34 *apud* MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. Comentários à Constituição Federal de 1946.

norma era nula *ab initio*, ou que fora declarada nula. A "declaração" em questão tem, todavia, caráter constitutivo, não declaratório [...] ²².

A lei ilegítima é anulada *ex nunc*, com um pronunciamento que tem a mesma eficácia constitutiva e inovadora que teria uma lei nova, que a modificasse ou a ab-rogasse de hoje em diante. A lei constitucionalmente ilegítima não é, portanto, uma lei inexistente ou absolutamente nula desde o princípio; é uma lei existente e válida, enquanto não intervém a decisão da Corte Constitucional para anulá-la ²³.

De certo que toda lei adversa à Constituição padece de algum grau de invalidação, sanção do sistema de controle de constitucionalidade, devendo a nulidade e anulabilidade ser vistas apenas como tipologias, graus temporais da sanção de invalidade. No caso da nulidade a sanção à lei eivada de inconstitucionalidade atinge-a no berço, ferindo-a *ab initio*. Ela não chegou a viver. Nasceu morta. Não teve, pois, nenhum único momento de validade ²⁴.

O termo “lei inconstitucional” na jurisprudência americana é tido como uma antinomia e envolve contradição no próprio termo. O ato contrário à Constituição nada tem de lei. Nesse viés, não é lei o ato legislativo que contravém à Constituição e, como aos tribunais cumpre executar o que for lei, devem sancionar como inexistente esse ato da legislatura, alcançando a sanção todos os efeitos produzidos pelo ato inconstitucional (efeitos *ex tunc*), retroagindo até o momento da entrada em vigor da “lei”, ato legislativo, tido por inconstitucional.

No sistema constitucional brasileiro, em regra a sanção de invalidade retroage *ex tunc*, opção confirmada com a edição do art. 27 da Lei nº 9.868/99, mas também pela previsão do art. 60, §§ 2º e 4º, o qual consagra a rigidez constitucional. É manifesto, porém, que essa doutrina da ineficácia *ab initio* da lei inconstitucional não pode ser entendida em termos

²² BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. 1958, p. 34 *apud* KELSEN, Teoria generale del diritto e de illo Stato, trad. Italiana 1954.

²³ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. 1958, p. 28 *apud* CALAMANDREI, La illegittimità costituzionale delle leggi nel processo civile, Padua, p. 72, 1950.

²⁴ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. 1958, p. 34.

absolutos, pois que os efeitos que de fato a norma produziu não podem ser suprimidos, sumariamente, por simples obra de um decreto do judiciário.

Se a invalidação não retroagir e só se iniciar a partir da data em que for reconhecida a inconstitucionalidade (efeito *ex nunc*), pode-se falar em anulabilidade. Deste modo a solução adotada baseia-se em atribuir eficácia transitória, o que equivale de certo modo a negar, durante esse tempo, a autoridade da Constituição.

A decisão que decreta a inconstitucionalidade, é predominantemente constitutiva, ou, condenatória, por tratar-se de sanção a existência de antinomia em patamar constitucional. O Poder Judiciário não se limitando em declarar a invalidade da lei passou a encontrar meios - e os têm encontrado - para salvar certos efeitos que, conforme a concepção adotada pelo colegiado, a inconstitucionalidade não poderia cancelar. Isso culmina em certa perspectiva na modificação do estado da lei, considerando-se válido, ainda que transitoriamente, o que é nulo de pleno direito.

A apreciação da inconstitucionalidade das leis envolve duas etapas de julgamento: na primeira, verifica-se a compatibilidade do ato questionado com a Constituição; na segunda, aplica-se a sanção caso seja detectada a inconstitucionalidade na etapa anterior. Neste primeiro juízo, avalia-se se a norma constitucional foi respeitada ou descumprida. Tendo em vista a máxima que circunda a atividade típica do poder legislativo: “se for editar lei, então deverá fazê-lo em conformidade com a Constituição”²⁵. Caso se conclua pelo descumprimento, estará caracterizado o ato ilícito (a inconstitucionalidade), o que remeterá o julgador ao segundo juízo no qual se avalia a aplicação, a dosagem, a extensão da sanção da norma tida por inconstitucionalidade, modulando, ponderando-se se os frutos, efeitos, da lei venenosa poderão permanecer eficazes e válidos.

A modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade - idealizada no direito norte americano, com a admissão do *prospective overruling* nos casos *Linkletter v. Walker* (381 U.S. 618) e *Stovall v. Denno* (388 U. S. 293) - não significa uma

²⁵ BOCCATO, Esdras. **Modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade: Ponderação, subsunção e dosimetria**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. p. 13.

afronta à Constituição, lei suprema do país, mas uma defesa da segurança jurídica, também norma constitucional (artigo 5º, caput, da CRFB/88). Ademais, a possibilidade da modulação dos efeitos transfere aos tribunais a responsabilidade de “evitarem o mais possível a declaração de invalidade da norma, à vista dos efeitos radicais (dessa decisão) sobre o passado”²⁶.

Há no Brasil atenuações tanto do modelo sancionatório retrospectivo norte-americano como do modelo sancionatório prospectivo austríaco, razão pela qual o poder de manipular o alcance inicial da invalidação geralmente se faz presente. Desta forma, a modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade é técnica de dosagem da extensão da sanção à inconstitucionalidade através da qual a jurisdição constitucional deixa de aplicar a retroatividade *ex tunc*, medida preferencial, e passa a permitir a manutenção da lei inconstitucional por certo prazo ou de alguns de seus efeitos já produzidos.

A lei inconstitucional deveria, sob o ponto de vista estritamente lógico, ser considerada como se jamais tivesse tido força para criar direitos ou obrigações, contudo considerações de ordem prática tais como o número de leis atingidas têm levado os tribunais a atribuir certa validade aos atos praticados por pessoas que, de boa-fé, exercem os poderes conferidos pelo diploma posteriormente julgado ineficaz. Logo, diante da modulação de efeitos há a manutenção de situações fáticas ou jurídicas consolidadas e cuja constituição ocorreu sob a égide de lei inconstitucional.

²⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 1.102/DF**. Custeio da seguridade social: Expressões “empresários” e “autônomos” contidas no inc. I do art. 22 da Lei nº 8.212/91. Pedido Prejudicado quanto as expressões “autônomos e administradores” contidas no inc. I do art. 3 da Lei nº 7.787/89. Rel. Maurício Corrêa. Julgamento: 5 de Out. de 1995. p. 40. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=346824>. Acesso em: 15 ago de 2018.

ADI 4.029 do Distrito Federal ²⁷

A presente ação de inconstitucionalidade questiona a juridicidade da Lei Federal nº 11.516/07, a qual criou nova entidade autárquica, cognominada Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (ICMBio), por haver violação do art. 62, *caput* e § 9º, da Constituição. A violação à Constituição consiste na ausência de emissão de parecer pela comissão mista parlamentar e do requisito da urgência para a edição da medida provisória.

No entendimento do Supremo Tribunal Federal, as funções que as Comissões Mistas têm no processo de conversão de Medidas Provisórias decorrem da necessidade imposta pela Constituição de assegurar uma reflexão mais detida sobre o ato normativo primário emanado pelo Executivo, já que são normas submetidas à apreciação da comissão mista para que sua deliberação não seja feita de maneira inopinada, percebendo-se, assim, que o parecer da comissão representa uma garantia de que o Legislativo fiscalize o exercício atípico legiferante exercido pelo Executivo, com o intuito de constituir o justo balanceamento dos poderes conferidos.

O art. 6º da Resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional, que permite a emissão de parecer monocrático pelo relator nomeado pela Comissão Mista, foi considerado pelo STF, por voto da maioria dos ministros (por sete votos a dois), inconstitucional dado que:

O parecer prévio da Comissão assume condição de instrumento indispensável para regularizar o processo legislativo porque proporciona a discussão da matéria, uniformidade de votação e celeridade na apreciação das medidas provisórias. Por essa importância, defende-se que qualquer ato para afastar ou frustrar os trabalhos da Comissão (ou mesmo para substituí-los pelo pronunciamento de apenas um parlamentar) padece de inconstitucionalidade. Nessa esteira, são questionáveis dispositivos da Resolução 01/2002-CN, na medida em que permitem a votação da medida provisória sem o parecer da Comissão Mista. [...]A possibilidade de atuação

²⁷ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 4029/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. [...] Violação do art. 62, *caput* e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela comissão mista parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º *caput* e §§ 1º e 2º, da resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Ação parcialmente provida. Relator: Ministro. Luiz Fux. Data de Julgamento: 08 de mar.de 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 15 de ago de 2018.

apenas do Relator gerou acomodação no Parlamento e ineficácia da Comissão Mista; tornou-se praxe a manifestação singular[...] O esvaziamento da Comissão Mista, instaura-se um verdadeiro 'império' do relator, que detém amplo domínio sobre o texto a ser votado em Plenário'. Cumpre lembrar que a apreciação pela Comissão é exigência constitucional. [...] Nesses termos, sustenta-se serem inconstitucionais as medidas provisórias convertidas em lei que não foram examinadas pela Comissão Mista, sendo que o pronunciamento do relator não tem o condão de suprir o parecer exigido pelo constituinte. [...] Cabe ao Judiciário afirmar o devido processo legislativo, declarando a inconstitucionalidade dos atos normativos que desrespeitem os trâmites de aprovação previstos na Carta. Ao agir desse modo, não se entende haver intervenção no Poder Legislativo, pois o Judiciário justamente contribuirá para a saúde democrática da comunidade e para a consolidação de um Estado Democrático de Direito em que as normas são frutos de verdadeira discussão, e não produto de troca entre partidos e poderes²⁸. (*grifo nosso*)

Deste modo, entendeu-se que a Lei Federal nº 11.516/07, a qual criou nova entidade autárquica, ICMBio, viola o art. 62, caput e § 9º, da Constituição Federal de 1988: “Caberá à comissão mista de Deputados e Senadores examinar as medidas provisórias e sobre elas emitir parecer, antes de serem apreciadas, em sessão separada, pelo plenário de cada uma das Casas do Congresso Nacional”. Assim, é imposição constitucional a emissão de parecer por comissão especial mista composta de deputados federais e senadores para que seja realizada análise colegiada da Medida Provisória (MP), antes de ser submetida à votação pelos plenários da Câmara e do Senado. A inobservância dessa determinação resulta em inconstitucionalidade, sanção de invalidade. De igual modo desde a edição da Emenda nº 32 de 2001, que alterou o rito de tramitação, todas as MP's convertidas em leis as quais não observaram o disposto no art. 62. § 9º da Lei suprema (procedimento legislativo vinculante) estão maculadas pelo vício da inconstitucionalidade.

A *intentio operis* (a intenção da própria obra) da exigência prevista no art. 62, § 9º da Constituição Federal, comissão mista, é a de não se estabelecer monopólio de um

²⁸ ÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3ª ed. São Paulo: RT p. 178-180, 2010. V. tb. CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo – atuação das comissões permanentes e temporárias**. São Paulo: RT, 2008. p. 285.

parlamentar sobre o conteúdo disposto na MP e assim evitar o manejo dos demais parlamentares em prol das conclusões expostas no parecer do relator.

A segurança jurídica, cláusula pétrea constitucional, impõe ao Supremo que se valha do comando do art. 27 da Lei nº 9.868/99 para modular os efeitos de sua decisão quando a pronúncia de nulidade com efeitos retroativos possa acarretar aos jurisdicionados contingências nocivas acentuadas de insegurança jurídica. Se se considerar, em tais circunstâncias, a decisão com eficácia *ex tunc* poderiam ser questionados todos os atos administrativos praticados pelo ICMBio desde 28 de agosto de 2007, ano que entrou em funcionamento. Logo a proteção ao meio ambiente, direito fundamental de terceira geração previsto no art. 225 da Constituição, restaria em tese desatendida, o que poderia propiciar o surgimento de panorama igualmente inconstitucional.

O Tribunal no dia 07 de março de 2012, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou parcialmente procedente a ação direta, com modulação da eficácia, contra os votos dos Senhores Ministros Ricardo Lewandowski, que a julgava improcedente, e Marco Aurélio, que a julgava de todo procedente. Deste modo, firmou-se entendimento que a Lei Federal nº 11.516/07 é inconstitucional, não pronunciando, contudo, a sua nulidade pelo prazo de 24 (vinte e quatro) meses. Nesse prazo, facultou-se ao Congresso Nacional a aprovação de nova lei de teor semelhante a qual permitirá a continuidade da existência do ICMBio.

Em contrapartida, findo esse prazo, a Lei de criação do Instituto terá sanção de extensão preferencial, perdendo sua eficácia, deixando o ordenamento jurídico e permitindo a aplicação da normativa pretérita, que fora inconstitucionalmente revogada, havendo assim, o efeito repristinatório automático e a declaração postergada de nulidade.

No dia seguinte a essa decisão, foi levantada uma questão de ordem pela Advocacia-Geral da União (AGU) na pessoa do advogado-geral da União: Luís Inácio Adams, no sentido de que: não obstante, a decisão proferida pela Suprema Corte reconhecendo que a referida resolução não se amolda ao comando constitucional e tendo em vista o elevado número de MP's (aproximadamente quinhentas medidas provisórias) convertidas em lei que tramitaram mediante a adoção do procedimento ora declarado inconstitucional.

E diante da segurança jurídica às normas já editadas, propôs o acolhimento da questão de ordem fazendo a seguinte ponderação: a partir de então, de agora, as novas MP's deverão se submeter àquele procedimento legislativo constitucional, e as que já tramitaram e estão tramitando que sejam consideradas válidas pelo processo que seguiram.

O tribunal sob uma postura consequencialista acolheu a questão de Ordem. A discussão iniciou-se em relação à eficácia que se atribuiria, se iriam reformular a modulação do efeito conferida no dia anterior. Afirmou o Relator:

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É, porque nós fomos surpreendidos com esse número avassalador de leis ritualmente votadas. [...] O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES - De fato, a situação é extremamente grave, talvez uma das mais graves com as quais nós já tenhamos nos deparado, tendo em vista a dimensão, que vai muito além do caso que foi objeto da discussão, uma vez que, pelo que se fala, de alguma forma poderia incidir sobre algo em torno de quinhentas leis ou medidas provisórias já convertidas em lei. A fórmula ontem adotada foi a da declaração de inconstitucionalidade com eficácia pro futuro, portanto, fazendo cessar [...] Então, eu vou pedir vênua ao Relator e propor que julguemos improcedente a ação proposta, afirmando que esse modelo era "ainda constitucional" – na linha até do que eu já tinha falado naquela ADI – e, a partir de agora, asseveramos a inconstitucionalidade; quer dizer, passa o Congresso a ter que fazer o rito, e que faça a sua adaptação a partir das medidas provisórias que venham a ser editadas. [...]. Assevera o ministro Ricardo Lewandowski que muitas dessas medidas provisórias que foram convertidas em lei constituem marcos regulatórios importantíssimos, sob os quais se baseia a nossa economia. Então, o risco é enorme. (*grifo nosso*)

Por fim alterou-se o dispositivo do acórdão da ADI nº 4029, decidindo que, dali para a frente, qualquer aprovação depende de observância do § 9º, art. 62 da Constituição. Assentou-se, então, que a ação é improcedente, com a declaração incidental de inconstitucionalidade do artigo 5º, *caput*, artigo 6º, §§ 1º e 2º, da Resolução nº 01/2002, do Congresso Nacional, com eficácia *ex nunc* em relação à pronúncia dessa inconstitucionalidade; sendo firmada a tese "ainda constitucional" sobre as normas que tenham sido votadas sob este rito “eram ou devem ser consideradas ainda constitucionais” e se as que dali para trás que já foram aprovadas estariam a salvo. Em outras palavras, a Resolução é inconstitucional, mas os efeitos da inconstitucionalidade só se produzirão dali para a frente, isso vale para o Judiciário e também para o Legislativo.

No julgado indexado, considerou-se a real a possibilidade de que a decisão retroativa ameaçasse “a economia, a vida econômica, a vida empresarial.”, criando um caos. Essas considerações fundamentaram a modulação para embasar a insegurança jurídica e o relevante interesse social ameaçados pelo suposto “caos”.

1.1 Análise crítica da ADI 4.029 - Argumentação consequencialista; “O governo dos Juízes”

Na doutrina constitucionalista brasileira predomina o entendimento de que a modulação de efeitos deve ser realizada através da ponderação de princípios - utilizada pelo STF nos últimos 17 anos - em que a jurisdição constitucional pesa os princípios constitucionais tendentes à manutenção dos efeitos já produzidos pela lei inconstitucional e os princípios constitucionais tendentes à completa exclusão da lei inconstitucional e de seus efeitos, para que ao final se possa definir se haverá modulação ou não dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade.

No método da ponderação de princípios há uma crucial distinção entre regras e princípios, estes encartam valores indefinidos, normas abstratas de conteúdo abrangente e são mandamentos de otimização: normas que determinam que uma medida seja aplicada da maneira mais completa possível dentre as possibilidades jurídicas e fáticas admissíveis, assim há graus variados de satisfação. Aquelas são mandamentos prescritivos aplicados mediante subsunção. E em decorrência dessa prescrição haverá uma exclusividade na preposição: ou a regra é considerada válida – vindo a ser aplicada –, ou é considerada inválida, nada contribuindo para a decisão²⁹.

A técnica da ponderação de princípios está ligada à evolução do Estado de Direito material, após os resultados da Segunda Guerra, na tensão, colisão, entre princípios surge o

²⁹ VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Evolução da teoria dos direitos fundamentais**. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007. p.13.

critério da proporcionalidade, metanorma, como figura peculiar no Estado democrático³⁰. Seu papel é o de resolver os *hard cases* por intermédio de processo cognitivo racional, em sua perspectiva negativa (proibição do excesso) composta por três subelementos: adequação (*Geeignetheit*), necessidade (*Erforderlichkeit*) e proporcionalidade em sentido estrito (*Verhältnismässigkeit*)³¹. E em sua perspectiva positiva: proibição da proteção deficiente.

A máxima da proporcionalidade ou “princípio” da proporcionalidade ocupa a condição típica de regra, aplicável no modelo tudo ou nada, *all or nothing*. Há, também, máximas parciais, escala triádica: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. E o que se pergunta é se essas máximas são realizadas ou não, e se não realizadas tem-se consequentemente a ilegalidade, pois as três máximas parciais devem ser classificadas como regras³².

Para que uma medida seja considerada proporcional deve passar pelo crivo de cada um desses elementos. Em resumo, uma medida é adequada quando o ato analisado se presta à realização, ainda que parcial, do fim almejado. É necessária quando não houver meio diverso que atenda à realização do mesmo fim e, ao mesmo tempo, afeta em menor grau os princípios contrapostos. É proporcional em sentido estrito quando a importância da intervenção no direito fundamental está justificada pela importância da realização do fim perseguido a partir de um juízo ponderativo³³. (*grifo nosso*)

Assim na ponderação as contingências fáticas são verificadas pelo princípio da adequação e da necessidade³⁴. E as contingências jurídicas são analisadas e a essas é aplicado

³⁰ HESSE; p. 73 1988; EMILIOU, p. 40, 1966 *apud* Victorino, Fábio Rodrigo. **Evolução da teoria dos direitos fundamentais**. Revista CEJ, Brasília, Ano XI, n. 39, out./dez. 2007. p.13.

³¹ VICTORIANO, Fábio Rodrigo. **Evolução da teoria dos direitos fundamentais**, 2007 p. 13 *apud*. PIEROTH/ SCHLINK, 2006. p. 66.

³² VICTORIANO, Fábio Rodrigo. **Evolução da teoria dos direitos fundamentais**. 2007. p. 16. *apud*. ALEXY, 1994. p. 100.

³³ VICTORIANO, Fábio Rodrigo. **Evolução da teoria dos direitos fundamentais**. 2007. p. 13. *apud* PIEROTH/ SCHLINK. 2006. p. 66.

³⁴ **princípio da adequação:** Um dos três subprincípios da proporcionalidade servirá de parâmetro na identificação das possibilidades fáticas, funcionando como uma expressão advinda do princípio de Pareto (“[...] *one position can be improved without detriment to the other.*”).

princípio da necessidade: Como frequentemente ao se decidir, em algum nível a adequação é observada, mesmo que seja em um grau mais moderado, as condições fáticas devem ficar muito claras. Esse é o papel do segundo subprincípio da proporcionalidade, a necessidade. Embora a decisão seja adequada, ela seria necessária? “This principle requires that of two means promoting P1 that are, broadly

o princípio da proporcionalidade em sentido estrito. Essa escala de sopesamento tem por finalidade estabelecer a precedência entre um princípio e outro, conforme o peso que lhe é atribuído no plano concreto, assim a precedência principiológica está condicionada às circunstâncias do caso concreto.

O processo cognitivo no qual se pronuncia a incidência ou não da modulação dos efeitos perpassa por variadas colisões principiológicas conforme o caso concreto, mas para fins didáticos podemos dividi-las: (1) ponderação entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica; (2) ponderação entre princípio da supremacia da Constituição e o princípio da segurança jurídica; (3) ponderação entre os princípios subjacentes à norma constitucional violada e o princípio da segurança jurídica; (4) ponderação entre o princípio da conservação do Estado e os princípios de direitos fundamentais dos indivíduos; e (5) ponderação entre os princípios a serem identificados caso a caso pela jurisdição constitucional³⁵.

A primeira, ponderação entre o princípio da nulidade e o princípio da segurança jurídica, prepondera na jurisprudência do STF. A segunda colisão é de difícil sustentação, pois ponderar a supremacia constitucional acaba por ensejar uma espécie de flexibilização da própria Constituição, já que a lei inconstitucional adquire validade, durante seu período de vigência, suspende-se necessariamente a eficácia da Constituição. Ou, em outras palavras, o respeito à lei ordinária significa desacato à autoridade da Constituição. Na terceira tese, a qual a modulação de efeitos deve se dar a partir do sopesamento do princípio da segurança jurídica com os princípios implícitos na norma constitucional violada, resulta em admitir um duplo juízo da mesma norma constitucional na avaliação de sua validade, no qual uma norma constitucional pode ser considerada preponderante sendo capaz de atribuir à lei que lhe é

speaking, equally suitable, the one that interferes less intensively with P2 has to be chosen. If there exists a less intensively interfering and equally suitable means, one position can be improved at no costs to the other. Under this condition, P1 and P2, *taken together*, require the less intensively interfering means be applied.” PEIXOTO, H., Fabiano. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil é a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica**. 2015. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. p. 73 *apud* ALEXY, 2014. p. 53.

³⁵ BOCCATO, ESDRAS. **Modulação Dos Efeitos Temporais Da Declaração De Inconstitucionalidade: Ponderação, subsunção e dosimetria**. 2013. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 14.

contrária invalidação, mas sua preponderância é mitigada para fazer com que seus efeitos não sejam apagados retroativamente. A quarta tese incorre em três inexatidões: pressupor existir um princípio de conservação estatal; admitir que este princípio seja preponderante no caso concreto e que a modulação possa se dar sem constatação empírica das repercussões financeiras. Por derradeiro, há a tese de que a modulação é feita pela ponderação de princípios que a jurisdição constitucional julgar pertinente no caso em concreto acaba por refletir, ainda que indiretamente, ser uma crítica às demais, que não existem critérios preestabelecidos capazes de direcionar a ponderação de princípios em matéria de modulação de efeitos, no sistema jurídico brasileiro³⁶.

Nos termos do art. 27 da Lei nº 9868/1999, a modulação temporal deve se dar por razões de “segurança jurídica” ou de “excepcional interesse social”. Contudo, como se constata na ADI, o que se tem efetivamente é a ausência de critérios. O intento operado para se legitimar a fundamentação dessa decisão foi o da razoabilidade, que se distingue da proporcionalidade tanto em sua origem, como em sua forma de aplicação. Enquanto a proporcionalidade tem escala triádica, estrutura racional definida, a razoabilidade traduz-se em simples análise de compatibilidade entre os meios e os fins³⁷. Esse intento autoriza o julgador a utilizar-se de critérios políticos de conveniência e oportunidade para definir qual o alcance temporal da invalidação, visto que reduz a proporcionalidade em simples razoabilidade.

Desta forma, a ponderação simplista camufla decisionismos/consequencialismo judiciais, permitindo excessiva discricionariedade na livre escolha dos meios, isto é, dos pesos conferidos aos princípios envolvidos. Não há cotejo das máximas parciais da ponderação para definir o conteúdo da modulação. A metodologia da ponderação não se desenvolve como estrutura racional a qual foi concebida.

³⁶ BOCCATO, Esdras. **Modulação Dos Efeitos Temporais Da Declaração De Inconstitucionalidade: Ponderação, subsunção e dosimetria**. 2013. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. p. 15.

³⁷ SILVA, Luís Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais. Volume 798, abr. de 2002. p. 45.

Para MacCormick devem ser consideradas as consequências, no modo consequencialista de argumentar; examinando, verificando e comparando hipóteses em formato similar a testes científicos, ou seja, verdadeiro exercício de comparação e rejeição. Percebe-se que as justificações da decisão apresentada tão pouco enquadra-se neste consequencialismo “científico” pensado por MacCormick³⁸.

A conformidade ao postulado da nulidade dos atos normativos inconstitucionais tutela a efetividade da norma constitucional, mas em outra perspectiva esta conformidade pode implicar na violação de alguns preceitos e valores assegurados no próprio documento constitucional de forma expressa e inequívoca, em contraste com o princípio da nulidade sobre o qual a Constituição Federal de 1988 é silente. Todavia, se a desconformidade ao postulado da nulidade realiza-se com arbitrariedades, as consequências podem ser ainda mais danosas do que aquelas que se buscou primeiramente evitar.

Assim, em que pese a obra do professor Cass Sunstein afirmar que:

Essa postura consequencialista se caracteriza pela prudência, que é um elemento ínsito à atividade judicante, que deve, em última análise, promover a paz social. Se um julgamento tem relevância suficiente para causar graves efeitos para a ordem social, mesmo individual, esses efeitos devem ser considerados³⁹.

O argumento consequencialista não pode se justificar por uma possível postura de prudência. A verdadeira prudência reside na avaliação da dimensão dos efeitos, da repercussão da decisão naquele caso em específico, e somente depois em coerência com essa

³⁸ MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes. 2006. p. 120.

³⁹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 4029/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. [...] Violação do art. 62, *caput* e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela comissão mista parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º *caput* e §§ 1º e 2º, da resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Ação parcialmente provida. Relator: Ministro. Luiz Fux. Data de Julgamento: 08 de mar.de 2012. P. 72. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 15 de ago de 2018.

avaliação será possível depreender razões com maior grau de fidedignidade, digo, segurança jurídica.

Ante o dever constitucional de os juízes fundamentarem objetivamente suas decisões e indicarem as razões de convencimento não é admissível que os ministros aleguem genericamente as consequências advindas das suas decisões sem qualquer elo probante de que há possibilidade de ocorrerem essas consequências e que não são meras intuições ou especulações, sob pena de a modulação de efeitos ser atribuída ineficaz em face da elevada discricionariedade: “a variedade dos instrumentos, ou dos métodos, não desnatura o fim, que é único, o controle eficaz da constitucionalidade das leis”⁴⁰.

Pela análise da ADI 4029 depreende-se a ausência de fundamentação para a modulação dos efeitos bastou-se mencionar que o elevado número de Leis (496 Leis), as quais padecem da sanção de inconstitucionalidade. Nas palavras do ministro Ricardo Lewandowski: “[...] muitas dessas medidas provisórias que foram convertidas em lei constituem marcos regulatórios importantíssimos, sob os quais se baseia a nossa economia. Então, o risco é enorme.”. Também asseverou Cármen Lúcia: “É, exatamente, a economia, a vida econômica, a vida empresarial. Podemos criar um caos”⁴¹.

Os ministros argumentaram a partir das consequências, servindo-se de apelos a conceitos vagos e variados, quais sejam, o princípio da “segurança jurídica”, “relevante

⁴⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE 197917**. Recurso Extraordinário. Municípios. Câmara de Vereadores. Composição. Autonomia Municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Maurício Corrêa. Julgamento: 6 de jun. de 2002. P. 82. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 7 de set. de 2019.

⁴¹ BRASIL. Superior Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 4029/DF**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Lei Federal nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. [...] Violação do art. 62, *caput* e § 9º, da Constituição. Não emissão de parecer pela comissão mista parlamentar. Inconstitucionalidade dos artigos 5º, *caput*, e 6º *caput* e §§ 1º e 2º, da resolução nº 1 de 2002 do Congresso Nacional. Modulação dos Efeitos Temporais da Nulidade (art. 27 da Lei nº 9.868/99). Ação parcialmente provida. Relator: Ministro. Luiz Fux. Data de Julgamento: 08 de mar.de 2012. p. 79. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 15 de ago de 2018.

interesse social”. Ademais, não houve qualquer respaldo probatório (documentos, estudos, dados) que justificasse a possibilidade/probabilidade da prognose se realizar de fato, e que se de fato se realizasse não seria crível que todas quase quinhentas medidas provisórias seriam capazes de criar o caos. Como salientou Ricardo Lewandowski, “muitas dessas medidas... constituem marcos regulatórios[...]”.

Com o objetivo de esclarecer a fundamentação dos ministros, trago à balha a definição de marcos regulatórios que segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) é “conjunto de normas, leis e diretrizes que regulam o funcionamento dos setores nos quais agentes privados prestam serviços de utilidade pública”⁴², além disso é responsável por estabelecer regras para o funcionamento desses setores, fiscalizar o cumprimento das normas. Os marcos regulatórios não só protegem o usuário do serviço de concessão, mas também asseguram a estabilidade das regras de mercado para os concessionários através de uma política tarifária⁴³.

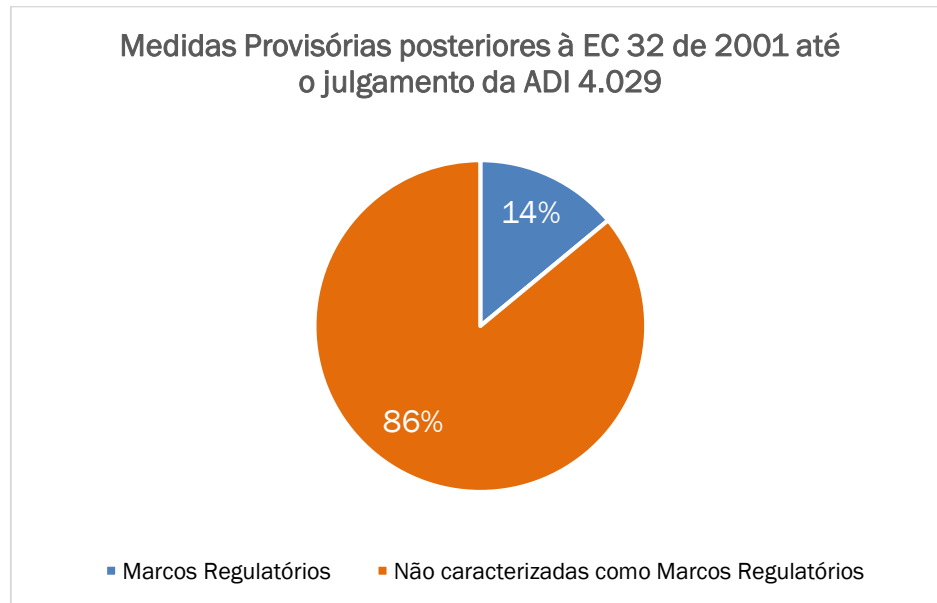
Em atenção ao conceito acima descrito, foi realizada uma análise das medidas provisórias posteriores à Emenda Constitucional nº 32⁴⁴ até a data do julgamento da ADI 4.029, assim o exame das MP’s foi de 19/09/2001 à 08/ 03/2012. O objetivo da investigação foi verificar a percentagem de medidas provisórias convertidas em Lei que se enquadram no conceito de marco regulatório. Do total de 561 MP’s, 65 não restaram convertidas em lei, pois foram prejudicadas ou revogadas ou vetadas ou perderam a eficácia ou tiveram sua tramitação ou vigência encerradas ou, ainda, foram arquivadas. Assim 496 MP’s, as quase quinhentas mencionadas pelo AGU, foram submetidas ao crivo do conceito de marco regulatório, o qual foi base para fundamentar a modulação dos efeitos.

⁴² WOLFFENBUTTEL, Andréa. **O que é? - Marco Regulatório**. Ano 3. Edição 19, 7 de fev. de 2006. Disponível em: http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2093:catid=28&Itemid=23. Acesso em: 1 de out. de 2019.

⁴³ Salgado, Lucia Helena; da Motta, Ronaldo Seroa. **Marcos Regulatórios no Brasil o que foi feito e o que falta fazer**. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. 2005. p.5.

⁴⁴ Disponível em: <http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-1/medidas-provisorias>. Acesso em: 07 de set. de 2019.

Gráfico 1 - Medidas Provisórias posteriores à EC 32 de 2001 até o julgamento da ADI 4.029



Fonte: Elaborado pela autora.

Vislumbra-se que apenas 14% das MP's eram tidas como marcos regulatórios, logo somente essas deveriam ter seus efeitos modulados sob pena de se criar o “caos”. Contudo, os ministros modularam em “bloco” sem analisar empiricamente. Essa generalização (modulação em bloco) é um viés da manifestação do consequencialismo judicial, caracterizada pelo subjetivismo e não pela prudência.

Parte da fundamentação que os ministros atribuíram não vai além de meras intuições e suposições cuja concretização não é por muitas vezes certa. E, mesmo que se trate de *hard case*, não se pode permitir que os ministros se esquivem do dever constitucional de fundamentar de maneira completa suas decisões.

As deficiências epistêmicas comprometem o uso de consequências para determinar decisões, pois a incidência argumentativa (existência de marcos regulatórios) é tratada de modo uniforme, em outras palavras, é como se um mesmo argumento (segurança jurídica)

incidisse de modo uniforme em todas as MP's convertidas em leis e afetadas pela inconstitucionalidade. Portanto, o que ocorre é que se estabelecem prognoses idênticas a casos diferentes. Isso revela a limitação dos ministros em lidar de modo uniforme com o mesmo tipo de argumento e de justificar racionalmente as decisões.

O uso da ponderação de princípios para a aplicação da modulação de efeitos no contexto brasileiro é despiendo, pois o que se verifica é uma “ponderação à brasileira”⁴⁵ em que as sub-regras da escala triádica são ignoradas, e a ponderação é reduzida tacanhamente à razoabilidade. O método (ponderação) à moda brasileira no âmbito da modulação reflete o subjetivismo.

A ponderação à brasileira, embasada em teorias pan-principialistas, é instrumento que possibilita discricionariedades e finda por assegurar a vontade do poder (*Wille zur Macht*) a partir do senso comum teórico dos juristas, caricaturado por Lenio Streck como o “monastério dos sábios”⁴⁶. Assim, tendo em vista o desvirtuamento da técnica da ponderação, é papel do operador, enquanto membro de uma democracia constitucional, criar condições para eliminar qualquer tipo de decisionismo e consequencialismos. E propor/criar anteparos para garantir à atividade decisória coerência e racionalidade; propiciando, pois, aos jurisdicionados segurança jurídica e credibilidade ao poder judiciário num contexto democrático de legitimação.

Nesse desígnio indica-se a substituição do método mencionado pelo da subsunção que é reconhecidamente mais objetivo e também permitirá à jurisdição constitucional excepcionar a preferencial sanção à inconstitucionalidade.

Na técnica da subsunção, em cumprimento ao dever constitucional de os juízes fundamentarem suas decisões e indicarem as razões de convencimento, procura-se a perfeita

⁴⁵ DE OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira; COSTA, Nívea Andreza de Oliveira. **Ponderação à brasileira: a racionalidade da decisão judicial em Robert Alexy como desafio do Estado Constitucional Democrático**. Revista Jurídica Trabalho e Desenvolvimento Humano. Procuradoria Regional do Trabalho da 15ª Região. 28 de nov. de 2018. p. 25

⁴⁶ Streck, Lenio Luiz. **Senso incomum a Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil**. Publicação: 28 de jun. de 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 31 de ago. de 2019.

adequação entre os efeitos descritos na hipótese sob análise com a ocorrência de violação da segurança jurídica ou da existência de relevante interesse social.

A subsunção é uma forma de se limitar abusos de poder. O mal-uso do poder no Judiciário tem maior carga temerária, pois este poder não está sujeito a nenhum outro, nem mesmo ao do povo; ademais pode declarar nulos os atos dos outros poderes. Dessarte, pode-se considerar que o poder judiciário é naturalmente superior aos demais⁴⁷.

Por essa temeridade manifestou-se, como era natural, o receio de que a doutrina da supremacia judicial gerasse o chamado "Governo dos Juízes", alegando-se que a hipertrofia do Executivo, exercida por séculos, era agora substituída pela oligarquia dos magistrados, pior do que aquele⁴⁸.

Nessa acepção no que diz respeito a oligarquia dos magistrados, pronunciou o ministro Toffoli, então presidente do STF⁴⁹:

Precisamos começar olhando para os últimos quatro ou cinco anos dos acontecimentos ocorridos no nosso País. Passamos por uma eleição em 2014 extremamente disputada e acirrada em que, ao fim, houve contestação no âmbito judicial. Em 2015, o País começou a viver momentos de contestações que já haviam ocorrido no ano de 2013. Nesse período, o País passou pelo impeachment da presidente cassada Dilma Rousseff, pela

⁴⁷ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. Prefácio do prof. Miguel Reale. São Paulo: Saraiva, 1958. p. 19.

⁴⁸ BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração inconstitucionalidade no Direito brasileiro**. Prefácio do prof. Miguel Reale. Saraiva, São Paulo. 1958. p. 8. *apud* LAMBERT, "Le Gouvernement des Juges": "Le système de gouvernement, qui est sorti aux Etats-Unis de l'association de plus en plus étroite des tribunaux à la direction de la marche de la législation, a été qualifié gouvernement par le judiciaire, "Government by Judiciary". C'est le titre d'une remarquable étude de droit constitutionnel publiée en 1911 dans: l'organe peut-être le plus réputé de la science politique américaine. En 1912 un livre de propagande en faveur du retour à l'indépendance du pouvoir législatif était intitulé: "Our judicial oligarchy". Titre de combat. Mais l'auteur s'accordait au fond sur la définition à donner au régime qu'il combattait avec un loyal défenseur ce régime, le professeur BURGESS, qui déclarait que l'on ne doit pas hésiter à appeler le système gouvernemental des Etats-Unis "l'aristocratie de la robe". Obligarchie judiciaire ou aristocratie de la robe, c'est toujours la même idée présentée, tantôt sur le ton de la critique, tantôt sur celui de l'apologétique, [s.d.].

⁴⁹ **Precisamos restaurar a confiança na política**. Disponível em: <https://www.terra.com.br/noticias/judiciario-passou-anos-sendo-protagonista-agora-politica-deve-voltar-a-liderar-diz-toffoli,9b55421d81f19646cd3282aa9482b1f1ndumbp79.html>. Acesso em: 2 de nov. 2018.

cassação do presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha, pelo julgamento de Dilma no Senado e pela apresentação de duas denúncias contra o presidente Michel Temer. Vejam esse retrospecto. Em 2013, povo na rua. 2014, eleições acirradas e sociedade dividida. Em 2015, operações e investigações que envolvem a alta classe política e setores econômicos. Em 2016, impeachment da presidente e cassação do presidente da Câmara dos Deputados. Em 2017, julgamento de impugnação (da chapa eleita no Tribunal Superior Eleitoral). Em todos esses períodos quem foi o grande árbitro da nação brasileira? O Poder Judiciário[...]. É necessário que, com a renovação democrática ocorrida nas eleições, a política volte a liderar o desenvolvimento nacional. Passamos por vários anos com o judiciário é necessário restaurar a confiança na política. (*grifo nosso*)

Neste sentido, confirmou-se o “Governo de Juízes” já que diante do Executivo deficitário, com a política em declínio pelas causas supracitadas, o Judiciário passou a ser o protagonista com a oligarquia de 11 ministros. O “governo de juízes” pode também ter significado pelo absolutismo das autoridades componentes da Suprema Corte, já que a esses foi adjudicado o monopólio interpretativo, essa exclusividade é tendente a arbitrariedades, à vista do que Montesquieu já anunciava: Todo homem investido de poder é tentado a abusar dele⁵⁰.

Fabiano Hartmann⁵¹ ao analisar o julgamento realizado em 2012 pelo STF de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF), a qual se mencionou os preceitos estatuídos no artigos 1º, IV – dignidade da pessoa humana-, artigo 5º, II – legalidade, liberdade e autonomia da vontade-, artigo 6º *caput*, e artigo 196 – direito à saúde- da Constituição (CRFB/88) em face dos artigos 124, 126, *caput*, e 128, I, II todos do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n. 2848, de 7 de dezembro de 1940). Constatou que o Relator de pronto sinalizava a decisão que tomaria, antes mesmo de atribuir qualquer fundamentação, e pode concluir que a argumentação jurídica não se vislumbra como meio de edificação decisória, mas um recurso de justificação de convicção concebida por condicionamentos

⁵⁰ CORDOVA JÚNIOR, Milton. **A ditadura do judiciário**. Migalhas. [s.l.]. 15 de mar. de 2018. Disponível em: <https://www.migalhas.com.br/Leitores/276410>. Acesso em: 12 de fev. de 2019.

⁵¹ PEIXOTO, H. Fabiano. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil é a aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica**. 2015. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. p. 191.

peçoais do julgador. Portanto, a fundamentação retórica exprime, neste viés, artil sofista, prática despicienda para Aristóteles⁵².

As características da fundamentação das decisões concernentes à modulação de efeitos nivelam-se às práticas do discurso sofístico: o relativismo (não há um critério absoluto no qual possamos nos amparar), pois ora entende-se que a modulação dos efeitos terá interstício temporal de 2 anos (prazo em que a norma não será atingida pela nulidade) para que Congresso Nacional aprove nova lei à qual permita a continuidade do ICMBio, e ora entende-se que as normas afetadas “eram ou devem ser consideradas ainda constitucionais” e os seus efeitos mantidos; o subjetivismo (a “verdade” é relativizada conforme a percepção do observador); o utilitarismo, que tem como base uma visão consequencialista; ou seja, a decisão é útil ao que foi preconcebido por uma visão consequencialista; o convencionalismo jurídico em que as leis, crenças sobre o justo ou injusto, a igualdade são convenções que conferem ao discurso “tom” de legitimidade e autoridade⁵³.

A profusão das convenções viabilizada pelos princípios, mas também pela ponderação, padrão teórico de justificação argumentativa, redimensiona as possibilidades de justificação, contudo perfaz indeterminações e reflete alto grau de generalização⁵⁴. A gama de possibilidades de justificação das decisões pode, pois, servir de meio para o alcance de determinada finalidade, o que fulmina na promoção do ativismo judicial casuísta.

A ponderação tal como ora implementada -apenas simbolicamente- associa-se a condicionamentos político-ideológicos do corpo jurídico e está calcada em argumentos de autoridade com afirmações retóricas e, por vezes, inconsistentes. Há a contingência de que a tese firmada: “ainda constitucionais” na ADI 4.029, estaria por reverberar os condicionamentos meramente subjetivos dos julgadores. Assim, recorre-se à ponderação apenas simbolicamente para reforço retórico. Essa simbologia traz aparência de legitimidade,

⁵² CHAUÍ, Marilena. **Introdução à História da Filosofia: dos pré-socráticos a Aristóteles**. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Companhia das Letras. 2002. p.159

⁵³ ALVES, Marcelo de Sousa Ferreira. **Os sofistas e a relativização da verdade**. Revista Eletrônica Sapere Aude, ano 4; volume 9, abr. de 2016. p. 137.

⁵⁴ ALEXY, Robert. **Teoria de La argumentación jurídica**. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007. p. 178.

de racionalidade à justificação; mas também é, na verdade, mola propulsora do casuísmo judicial.

Para Robert Alexy a argumentação completa é aquela que esgota todas as possibilidades, verdadeira prática de saturação⁵⁵. Com base no caso apresentado, essa prática não foi observada ao se definir a extensão da sanção à inconstitucionalidade. Desta maneira, pode-se considerar que as decisões a respeito da modulação de efeitos, como o exemplo da mencionada, são incompletas e servem-se das fragilidades da dogmática da ponderação⁵⁶ ou distorcem sua aplicação para que mesmo na incompletude possam ter plausibilidade.

Assim, é verossímil considerar que a argumentação jurídica na decisão de modulação é um recurso para legitimação das decisões judiciais, tendo em vista que o objeto da ponderação (escolha dos princípios a serem sopesamento) e o seu resultado estão atrelados, isto é, a escolha dos princípios objetos predetermina naturalmente o resultado da ponderação, ademais tanto a escolha quanto o resultado estão vinculados às fortuitas valorações ou preferências⁵⁷ das autoridades componentes do absoluto Tribunal.

O raciocínio jurídico do dia 08/03/2012 -ADI 4.029- relaciona-se puramente ao número de leis e à existência de marcos regulatórios. Percebe-se que o quantitativo numérico, e a existência de marcos regulatórios é o que objetivamente se utilizou para dar a percepção de que se reúnem informações relevantes ao decidir, persuadir. Essa impressão de relevância, diante da quantidade de leis que seriam atingidas, expressa um método de aceitação, já que na realidade as informações são suportes para decisão concebida antes mesmo de qualquer ponderação. Essa decisão não tem o fito de demonstrar verdades a respeito da preponderância da segurança jurídica e do excepcional interesse social.

⁵⁵ ALEXY, Robert. **Teoria de La argumentación jurídica**. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 2007. p. 236.

⁵⁶ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. brasileira, São Paulo: Malheiros. 2015. p. 599.

⁵⁷ Peixoto, H. Fabiano. **A decisão judicial no Supremo Tribunal Federal do Brasil é à aplicação da teoria dos princípios de Robert Alexy: a ponderação como estratégia de argumentação jurídica**. 2015. Tese de doutorado do Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de Brasília. p. 96 *apud* AMADO, García Juan Antonio. El juicio de ponderación y sus partes. Crítica de su escassa relevância, 2008.

É inegável que o raciocínio judicial neste caso encontra certo suporte de identidade com um raciocínio prático, de utilidade frente a questões de difícil solução. Entretanto, esse raciocínio lógico formal está amparado simplesmente no quantitativo numérico (mesmo as decisões sem repercussão na segurança jurídica ou interesse social, foram excepcionadas da sanção preferencial) que não pode por si só fornecer uma explicação, argumentação jurídica satisfatória, completa e alinhada às regras da ponderação.

Há a necessidade de se utilizar elementos de controle racional das decisões judiciais, em relação à modulação de efeitos, para melhorar a segurança jurídica, a previsibilidade das decisões judiciais. Porquanto, a técnica ponderação na decisão de modulação de efeitos ao modo brasileiro apresentou inconsistências com os parâmetros teóricos em que foi concebida.

Esse elemento de controle racional nas decisões de modulação de efeitos será neste discurso sistematizado na utilização do método da subsunção o qual cumpre o desafio imposto ao Direito de minimizar o consequencialismo judicial, sendo resistente às críticas da razão e, da qualidade argumentativa, dado que neste método as decisões podem seguir um procedimento racional, e é possível buscar uma justificação interna (ordenamento jurídico) e externa (mundo) para as decisões.

Análise dos requisitos

Para se excepcionalizar a regra da nulidade cujos efeitos da decisão são retroativos, faz-se necessária a incidência in *concreto* dos requisitos legais (previstos pela lei federal de 1999) e dos fixados pelo STF em sua jurisprudência. Os requisitos podem ser desmembrados em formais: órgão -plenário-, quórum -maioria de 2/3-, controle -concentrado ou difuso-⁵⁸; e materiais: segurança jurídica, relevante interesse social. Além desses requisitos, outro que deve ser considerado para aplicação da técnica de modulação temporal é a existência de um juízo de inconstitucionalidade. Ou seja, que o ato normativo seja posterior à promulgação da Constituição Federal de 1988. Não sendo cabível, com ressalva ao entendimento do Min. Gilmar Mendes⁵⁹, a modulação em caso de não-recepção de atos normativos pré-constitucionais.

Há na Lei nº 9.868/99 a denominada reserva de plenário, a qual restringe ao plenário da corte, órgão máximo do tribunal, a responsabilidade de julgar, em caráter definitivo, as questões atinentes à constitucionalidade de atos do poder público e a modulação dos efeitos. Faz-se necessário acrescentar que a votação sobre o mérito, deliberação sobre inconstitucionalidade ou constitucionalidade do ato ou da lei, não vincula os que votaram contra a inconstitucionalidade. Dessa maneira, o plenário em plenitude volta a decidir em particular a modulação.

Outrossim, a Lei condiciona o deferimento da modulação dos efeitos ao quórum necessário, previsto pelo artigo 27: maioria de dois terços do plenário da corte, que corresponde faticamente que em cada caso ao menos oito ministros devem se pronunciar favoráveis à modulação. Esse quórum de dois terços é homólogo ao exigido para edição de súmula vinculante e para definição dos critérios da repercussão geral, entretanto nesses casos

⁵⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Informativo Número 463**. Brasília, 16 a 20 de abr. de 2007. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo463.htm>. Acesso em: 04 de out. de 2018.

⁵⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Quinta Turma. **AgRg no Ag 478.721/RJ**. Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Tutela antecipada contra a Fazenda Pública. Situação peculiar. Abstenção de redução. Manutenção de situação existe. Lei 9494/97. Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca. Julgamento em: 25 de mar. de 2003. p. 11 e 27.

a fixação do quórum ingressou no ordenamento jurídico por processo legislativo mais complexo, de emenda constitucional- EC nº 45, de 2004⁶⁰-, enquanto que o quórum para se modular ingressou no ordenamento por procedimento legislativo mais simplificado.

A modulação de efeitos poderá ser pleiteada pelo(s) interessado(s) mas também o tribunal poderá, por meio de proposta encaminhada ao plenário por um de seus membros, pleiteá-la. Quanto ao momento para indagar acerca da constitucionalidade e por sua vez da possível ocorrência da modulação admite-se que possa ser levantada até mesmo após a própria decisão final da corte. Pois, o Tribunal não poderia omitir-se, haja vista que se considerou a modulação de efeitos imposição constitucional.

Malgrado considerar o Tribunal que a modulação é imposição constitucional, essa tese padece de antítese, porquanto “embora o Supremo Tribunal Federal não tenha logrado formular esta conclusão com a necessária nitidez, é certo que, também ele, parece partir da premissa de que o princípio da nulidade da lei inconstitucional tem hierarquia constitucional”⁶¹. Assim, conforme argumentação posta na ADI 2154/DF o instituto da modulação de efeitos só poderia estar positivado como emenda constitucional e não ser objeto de lei ordinária uma vez que sua aplicação repercute em todo sistema jurídico, especialmente no princípio da legalidade. Contudo, em termos formais a modulação possui hodiernamente *status* infraconstitucional.

O ato ou a lei que é tida por inconstitucional tem como sanção a perda de seu fundamento o qual garantia validade para manutenção de seus efeitos, visto que o fundamento de validade de qualquer ato ou lei tanto no sentido formal, procedimento, quanto material, conteúdo, encontra-se na própria Constituição. Desta maneira, é questionável a possibilidade de um princípio, segurança jurídica ou/de excepcional interesse social ser por

⁶⁰ Incluído pela **Emenda Constitucional nº 45**, de 2004, artigos 102, §3º e 103 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc45.htm#art1. Acesso em: 02 de nov. de 2019.

⁶¹ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p. 413.

si só fundamento de validade de atos ou leis inconstitucionais. Tal, questionamento reverbera na flexibilização da supremacia formal constitucional, conjecturada por Hans Kelsen:

A ordem jurídica não é um sistema de normas jurídicas ordenadas no mesmo plano, situadas umas ao lado das outras, mas é uma construção escalonada de diferentes camadas ou níveis de normas jurídicas. A sua unidade é produto da relação de dependência que resulta do fato de a validade de uma norma, se apoiar sobre essa outra norma, cuja produção, por seu turno, é determinada por outra, e assim por diante, até abicar finalmente na norma fundamental—pressuposta. A norma fundamental hipotética, nestes termos – é, portanto, o fundamento de validade último que constitui a unidade desta interconexão criadora⁶².(grifo nosso)

Bem como na sistemática Penal, a do controle de constitucionalidade/modulação de efeitos estabelece uma espécie de modelo *bifásico*⁶³. Nessa sistemática, primeiramente, pronuncia-se sobre a questão da constitucionalidade, enquanto que naquela define-se, segundo o critério da subsunção, a autoria e a materialidade delitiva; e por conseguinte a incidência de sanção ao ato ilegal, no primeiro caso, ou ao ato normativo inconstitucional, no segundo caso.

Em fase secundária, no âmbito da sistemática constitucional, delibera-se se a modulação é ou não cabível e, em caso afirmativo, fixa-se o modo em que ela se dará, ou seja, define-se a exceção à regra (*ex tunc*) e delimita-se a dosagem, a extensão, da sanção ao vício de inconstitucionalidade. Em conexão, na esfera penal, após a subsunção realiza-se a dosimetria da pena, fixando-se como aquela sanção repercutirá conforme as peculiaridades do caso concreto.

Nessa segunda fase, para definir o cabimento da modulação dos efeitos da sanção ao vício de inconstitucionalidade é preciso, como requisito de legitimidade/legalidade, que a decisão esteja embasada na precedência do princípio da segurança jurídica ou do excepcional

⁶² KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Editora Martins Fontes. 8ª Edição. 2009. p. 246.

⁶³ Sobre o uso da expressão, cf. RE 559.943/RS, pp. 56 e ss.

interesse social. A precedência principiológica, conforme já mencionado, é atualmente alcançada pela técnica da ponderação.

Em relação aos princípios percebe-se, ao verificar algumas decisões da corte, que há uma confusão em relação ao que seria segurança jurídica/relevante interesse social com relevante interesse estatal. Os motivos alegados pelo Supremo para que os efeitos da decisão sejam limitados no tempo se relacionam mormente aos interesses secundários do Estado. Assevera o constitucionalista Manoel Gonçalves Ferreira Filho:

Como já colocado anteriormente, à aplicação desse dispositivo importará em criação de situações desiguais, pois uma lei inválida será aplicada em certo período como se válida fosse. No campo tributário, esse tratamento desigual importará em verdadeiro confisco. Não há razão de segurança jurídica e interesse social que justifique tamanho casuísmo, mas tão somente interesse de governo, deixando os cidadãos brasileiros à mercê diante de leis e atos normativos inconstitucionais⁶⁴. (*grifo nosso*)

O interesse público divide-se em primário e secundário. O interesse primário está diretamente vinculado ao povo, interesses gerais imediatos, regidos pelos princípios da indisponibilidade e da supremacia do interesse público sobre o privado. Já os interesses secundários são interesses imediatos do Estado na qualidade de pessoa jurídica, titular de direitos e obrigações. Nesse o Estado procura, pautado por interesses puramente patrimoniais, aumentar suas receitas e evitar gastos, contudo essa busca só se justifica se for instrumento para promoção, ainda que indireta, dos interesses primários.

Relativamente à distinção entre o interesse primário e secundário, preceitua Alexandrino e Paulo:

[...]interesse público secundário legítimo aquele que represente um interesse de uma pessoa jurídica administrativa na qualidade de titular de direitos, mesmo sem implicar a busca direta da satisfação de um interesse primário, desde que: a) não contrarie nenhum interesse público primário; e

⁶⁴ ADI 2154 *apud* **A reforma do judiciário- Observações sobre o parecer do relator**. Aula inaugural proferida na Faculdade de Direito da USP inédito. Jun. de 1996. p. 14.

b) possibilite atuação administrativa ao menos indiretamente tendente à realização de interesses primários⁶⁵.

Tem-se como exemplo de precedência do interesse público secundário que contribuiu para a ocorrer a modulação dos efeitos: o Habeas Corpus (HC) 82.959/SP⁶⁶, no qual se declarou a inconstitucionalidade do dispositivo da lei de crimes hediondos. Os fundamentos considerados aptos a ensejar a modulação perpassam principalmente pela preocupação a respeito da responsabilização civil do Estado. O Min. Gilmar Mendes argumentou, no caso, que, com a declaração de inconstitucionalidade com efeitos irrestritos, seria possível, em tese, que os condenados que cumpriram a pena em regime integralmente fechado pleiteiem perante o poder público a reparação dos danos e que a própria Constituição alicerça a hipótese de responsabilidade civil do Estado por erro judicial ou prisão excessiva. Em discordância, o Min. Marco Aurélio propôs a aplicação da regra, ou seja, efeitos *ex tunc* à declaração de inconstitucionalidade, excetuando o ângulo patrimonial. O Min. Sepúlveda Pertence afirmou, contudo, que não consegue divisar consequências dessa modulação de efeitos, pois a decisão teria no máximo repercussões na esfera patrimonial e civil, já que a negativa de progressão se fundava em jurisprudência já consolidada. Apesar desses argumentos, o tribunal, em votação unânime, modulou os efeitos da decisão de modo que não gerassem efeitos às penas já extintas naquela data.

Outro exemplo é o Recurso Extraordinário (RE) 559.943/RS⁶⁷, caso em que indagou-se a constitucionalidade dos artigos 45 e 46 previstos na Lei nº 8.212/91, que fixou

⁶⁵ ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito Administrativo Descomplicado**. 19 ed. rev. e atual. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método; p. 188, 2011.

⁶⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 82959**. Habeas Corpus. Pena - Regime De Cumprimento - Progressão - Razão De Ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena - Crimes Hediondos - Regime De Cumprimento - Progressão - Óbice - Artigo 2º, § 1º, Da Lei Nº 8.072/90 - Inconstitucionalidade [...]. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: 23 de fev. de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp>. Acesso em: 7 de set. de 2019.

⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 559.943**. Recurso Extraordinário. Direito Tributário. Constitucionalidade formal dos artigos 45 e 46 da lei n. 8.212/1991. Artigo 146, inciso iii, alínea b, da constituição da república. Prescrição e Decadência tributárias. Matéria reservada à lei complementar. Artigos 173 e 174 do código tributário nacional. [...]. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Julgamento: 6 de

em 10 anos os prazos de prescrição e decadência em matéria previdenciária. O tribunal entendeu em interpretação conforme que a contribuição de custeio constitui matéria tributária a qual está reservada à lei complementar. Atinente a modulação de efeitos, estabeleceu-se efeito *ex nunc* à sanção de invalidade com fundamento na insegurança jurídica, considerando-se para tanto a repercussão negativa ante às inúmeras ações de repetição de indébito que acabariam sendo ajuizadas. Deste modo, os valores não impugnados até a data do julgamento e já recolhidos não teriam que ser devolvidos.

Não obstante a ocorrência da modulação, pondera-se que o argumento utilizado para tanto não encontra suporte de legitimidade ou de legalidade, eis que não se verifica insegurança jurídica na hipótese; afastando, pois, a incidência do art. 27 da Lei nº 9868/99, porque a questão já estava pacificada desde 1992.

Em relação à decisão de modulação dos efeitos percebe-se que assim como na ADI 4.029 os casos apresentados (HC 82.959/SP e RE 559.943/RS) não possuem argumentos consubstanciados de estatura constitucional ou mesmo infraconstitucional (artigo 27 da Lei nº 9868/99, razões de segurança jurídica ou de excepcional interesse social). Pois que: a ponderação entre os princípios envolvidos, quando há, ocorre de maneira simplificada -como no caso da ADI 4.029-; as razões de segurança jurídica são reduzidas ou ao número de leis e marcos regulatórios possivelmente atingidos; ou à responsabilidade civil do Estado; ou à proliferação de demandas. Logo, a análise feita é sempre sobre uma perspectiva consequencialista, sem estudos, que além de reduzir a segurança jurídica a quantitativos não se certifica da viabilidade de ocorrência dessas suposições, e nem de suas dimensões fáticas.

Travestindo a discricionariedade - política judiciária que tem por finalidade obstar a “enxurrada de processos” – apresentam razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social, como pressuposto de atuação conforme a lei e o Direito.

A ponderação realizada na modulação ao modo brasileiro, de forma simplificada, enseja, de certo modo, essa atuação discricionária baseada em consequentialismos. Esse viés pejorativo da atuação do STF tem base em decisões como a em análise -ADI 4.029- em que a ponderação é realizada de modo trivial, incompleto, sem análise, sem estudo, gerando insegurança. Já que aquilo que o Supremo decide num dia pode não valer no outro⁶⁸.

⁶⁸ **STF recua e muda decisão que anularia 460 leis.** Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/stf-recua-e-muda-decisao-que-anularia-460-leis-7iskpabzk6zjeg4atln3yw8y6/>. Publicação: 08 de mar. de 2012. Acesso em: 10 de nov. de 2019.

Do Projeto

Com objetivo de mitigar a utilização de argumentos consequencialistas e de evitar a discricionariedade ensejadas pela ponderação simplista, a proposta aventa a substituição dessa técnica desvirtuada pela técnica da subsunção em que a ocorrência da modulação dos efeitos, extensão da sanção alheia à regra da retroatibilidade (*ex tunc*), dar-se-á em circunstâncias específicas.

Tendo em vista o que foi perfilhado nesse íterim, a modulação é extensão da sanção ao vício de inconstitucionalidade, e à semelhança do direito penal, deve-se utilizar a subsunção para que após a condenação (decisão com eficácia constitutiva) da lei ou do ato inconstitucional à sanção de invalidade (1º fase), e a deliberação de dois terços dos ministros decida-se o conteúdo da modulação, ou seja, a dosimetria da sanção (2ª fase).

Considerando a identidade entre a dosimetria da pena no direito penal e a modulação de efeitos no direito constitucional, pode-se perfilhar, tendo em vista essa semelhança, que na modulação também se empregue a técnica da subsunção em substituição à técnica da ponderação.

Ademais a utilização da subsunção dá-se em harmonia com a tese de que, via de regra, as normas ao serem declaradas inconstitucionais são excluídas da ordem jurídica com efeitos retroativos. A incidência dessa regra encontra limitabilidade na ocorrência de subsunção, pois essa ao se configurar demanda a modulação temporal dos efeitos da decisão o que representa, em termos práticos, uma exceção à aplicação da “consagrada” regra da nulidade. Outrossim, esse caráter excepcional é ainda reforçado pela exigência legal de quórum qualificado – maioria de dois terços do pleno da corte.

Para Bustamante “A diferença entre ponderação e subsunção é uma diferença quanto à aplicação de normas jurídicas e não uma diferença quanto à existência ou não de

uma atividade interpretativa”⁶⁹. Assim, mesmo diante de nova técnica a atividade interpretativa não estará suprimida, mas apenas delimitada às hipóteses de incidência da norma.

Essa delimitação tem o escopo de mitigar a discricionariedade, a imprevisibilidade, o consequencialismo, o decisionismo, a insegurança jurídica que são propiciados pelo método de ponderação de princípios na aplicação da modulação de efeitos, já que, como nos casos em voga, os ministros não realizaram o cotejo das máximas referentes à técnica da ponderação estabelecidas por Alexy (ponderação simplista); e decidem baseados em suposições sem amparo em estudos, pesquisas, utilizam-se dos princípios contidos no artigo 27 da Lei nº 9868/99 apenas como estratégia retórica de legitimação.

Pelo método proposto, subsunção, a aplicação da modulação dar-se-á pelo conhecimento semiótico da norma e pelo conhecimento das proposições fáticas que estarão circundadas, adequadas, à repercussão normativa. Haverá solução com subsunção na jurisdição constitucional com a finalidade de estabelecer exceções à regra da sanção preferencial, *ex tunc*, na ocorrência destas três circunstâncias:

1) a superação de jurisprudência pacificada (prospective overruling), em que o critério para a modulação de efeitos é a presença ou não de novo entendimento jurisprudencial contrário ao então prevalecente; 2) situações administrativas firmes e fórmulas de preclusão, em que o critério para a modulação de efeitos é a presença de situações, fatos e relações jurídicas consolidadas no tempo, ocasião em que se limitam os efeitos retroativos *ex tunc*; e 3) surgimento de vazios normativos, em que o critério para a modulação de efeitos é a constatação de que a retroatividade *ex tunc* produzirá um vácuo normativo a causar insegurança na disciplina das relações jurídicas tratadas pela lei declarada inconstitucional. Em todas essas hipóteses, o princípio da segurança jurídica é interpretado pela jurisdição constitucional, a qual lhe outorga densidade normativa capaz de permitir a modulação de efeitos⁷⁰. (*grifo nosso*)

⁶⁹ BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do Direito e Decisão Racional**. Temas de teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Renovar. 2008. p. 86.

⁷⁰ BOCCATO, Esdras. **Modulação Dos Efeitos Temporais Da Declaração De Inconstitucionalidade: Ponderação, subsunção e dosimetria**. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. 2013. p. 15.

Essas hipóteses constituem o presente Projeto, o qual tem como proposta acrescentar ao art. 27 da Lei nº 9868/99 parágrafo único com o seguinte teor: “Haverá razões de segurança jurídica ou excepcional interesse social quando se verificar novo entendimento jurisprudencial contrário ao então prevalecente; presença de situações, fatos e relações jurídicas consolidadas no tempo; ou quando a retroatividade produzir vazios normativos em relação a disciplina das relações jurídicas tratadas pela lei declarada inconstitucional”.

A primeira circunstância: *overruling*, expressão recorrente no constitucionalismo norte-americano, intitula os casos em que a Suprema Corte modifica seu entendimento sobre determinada matéria, redimensionando o precedente, e isto deve-se ao dinamismo social em que a “evolução jurisprudencial”⁷¹ tem o fito de evitar posturas anacrônicas. Havendo modificação do entendimento será cabível a modulação temporal dos efeitos cuja invalidade não atingirá os casos anteriores à modificação, a fim de salvaguardar o direito adquirido⁷².

Logo, diante de interpretação que era até então pacificada é indeclinável dosar a sanção de invalidade, pois a extirpação normativa -invalidação com efeitos retroativos- mostra-se mais nociva aos valores protegidos pela Constituição⁷³, ao Direito e à ordem jurídica do que a própria ofensa à Constituição, e “[...] em vez de homenagear a Constituição [...], passa a mitigá-la, solapá-la, feri-la praticamente de morte”⁷⁴.

No HC 82.959/SP, exemplo de *overruling*, declarou-se em caráter incidental a inconstitucionalidade à vedação legal à progressão de regimes em casos de condenação por crime hediondo –artigo 2º, §1º da Lei nº 8.072/90-, conforme o novo entendimento essa

⁷¹ Ementa do acórdão.

⁷² LÔBO, Paulo Luiz Neto. **O controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido**. Revista de informação legislativa, v. 27, n. 106, abr./jun. 1990. p. 46.

⁷³ HC 82.959/SP, pp. 202 e s.

⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Plenário. **RE 556.664-1/RS**. Recurso Extraordinário. Prescrição e decadência tributárias. Matérias reservadas à Lei Complementar. Disciplina no Código Tributário Nacional. Inconstitucionalidade dos arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/91 e do § único do art. 5º do Decreto-Lei 1.569/77. Não provido. Modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade. Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em: 12 de jun. de 2008, p. 63-64. Disponível em: https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4143279/mod_resource/content/1/RE%20556664.pdf. Acesso em: 1º de out. de 2019.

vedação ofende a garantia constitucional da individualização da pena (artigo 5º, inciso XLVI da CRFB/88) presente também na fase da execução da pena.

De acordo com o Min. Gilmar Mendes, o aspecto decisivo para a adoção, *in casu*, da modulação de efeitos é o fato de que o tribunal estaria alterando seu antigo entendimento, caracterizando, assim, o que chama de “mutação constitucional”, atributo do poder constituinte difuso⁷⁵. Ao rever sua jurisprudência, o STF não negligenciou a boa-fé e a legitimidade das execuções penais em regime totalmente fechado e, por unanimidade, modulou os efeitos da decisão para que não houvesse repercussão nas penas já extintas naquela ocasião.

Outro exemplo do excepcional afastamento do princípio da retroatividade pela ocorrência de *overruling* é Mandado de Segurança (MS) 26.604/DF⁷⁶ em que o Tribunal, por maioria, modulou os efeitos para dar eficácia à decisão a partir da data da resposta do Tribunal Superior Eleitoral (TSE) à consulta nº 1.398/2007. E justificou a modulação por razões de segurança jurídica haja vista os problemas advindos da não modulação para a administração da justiça diante da mudança/evolução jurisprudencial em contraponto à ausência de mudança na legislação (mutação constitucional).

Já no caso do RE 353.657/PR⁷⁷ de relatoria do Min. Marco Aurélio, caso da alíquota zero do Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), o Tribunal decidiu não modular os

⁷⁵ HC 82.959/SP, p. 110.

⁷⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **MS 26604/DF**. Mandado de Segurança. Direito Constitucional e Eleitoral. Impetrado pelo partido dos democratas[...]Princípio da Segurança Jurídica e Modulação dos efeitos da mudança de orientação jurisprudencial: marco temporal fixado em 27.3.2007. Conhecido e parcialmente concedido. Rel. Min. Cármen Lúcia. Julgamento: 4 de out. de 2007. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726999/mandado-de-seguranca-ms-26604-df>. Acesso em: 1º de out. de 2019.

⁷⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE 353.657/PR**. Recurso Extraordinário. IPI - Insumo - alíquota zero - ausência de direito ao creditamento. Conforme disposto no inciso II do § 3º do artigo 153 da constituição federal, observa-se o princípio da não-cumulatividade compensando-se o que for devido em cada operação com o montante cobrado nas anteriores, ante o que não se pode cogitar de direito a crédito quando o insumo entra na indústria considerada a alíquota zero. IPI - insumo - alíquota zero - creditamento - inexistência do direito - eficácia. Descabe, em face do texto constitucional regedor do imposto sobre produtos industrializados e do sistema jurisdicional brasileiro, a modulação de efeitos do pronunciamento do Supremo, com isso sendo emprestada à Carta da República a maior eficácia possível, consagrando-se o princípio da segurança jurídica. Relator o Min. **Marco Aurélio**, julgamento em: 7 de mar. de 2008.

efeitos, conforme requereram os contribuintes, pois os pronunciamentos judiciais anteriores, a favor dos contribuintes, ainda não havia transitado em julgado; e não existiam razões suficientes que autorizassem a modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade posto que a questão já estava pacificada desde então, não havendo que se cogitar insegurança jurídica. Portanto, diante da ausência de mudança de entendimento, *overruling*, a corte não estaria autorizada a excepcionar a regra de irretroatividade dos efeitos da decisão.

Assim, a nulidade *ex radice* deve ser assentida como preponderante, ainda mais nos casos qualificados como “flagrantemente inconstitucionais”⁷⁸, em face à ameaça de “que passe a valer a pena, ante a morosidade do próprio judiciário, lançar no mundo jurídico leis inconstitucionais”, como afirmou o Min. Marco Aurélio⁷⁹.

Não obstante, à medida que o STF, por um certo período de tempo, comporta-se de determinada maneira gerando expectativas de que seu posicionamento permanecerá consistente, existe, em vista desse comportamento, uma equalização aos demais órgãos do judiciário, proliferando a confiança de que o posicionamento será o adotado anteriormente; mas se depois de um lapso temporal é alterado, por entendimento contrário ao inicial, haverá a quebra da boa-fé objetiva (confiança). E, por tal, deve-se em circunstâncias excepcionais, anteriormente aventadas, ser afastada a nulidade *ex radice*.

A modulação dos efeitos na ocorrência de *overruling* busca tutelar a confiança, que mantém relação íntima com a boa-fé objetiva. Logo, diante da quebra da expectativa em relação a posicionamento anteriormente consolidado estaria o tribunal sujeito a atribuir tratamento e dosagem de sanção diferenciados.

Quanto a segunda espécie de solução com subsunção em que haverá modulação, citada anteriormente, estabelece-se: “o critério para a modulação de efeitos é a presença de

⁷⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI-ED 2728/AM**. Embargos Declaratórios – Omissão- Fixação de termo inicial dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade- retroatividade total. Inexistindo pleito de fixação de termo inicial diverso, não se pode alegar omissão relativamente ao acórdão por meio do qual se concluiu pelo conlito do ato normativo autônomo abstrato com a Carta da República, fulminando-o desde a vigência [...] Rel. Marco Aurélio. Julgamento 19 de out. de 2006. p. 23. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/2940060/embdeclina-acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-ed-2728-am>. Acesso em: 10 de set. de 2019.

⁷⁹ Acompanhado pela Ministra Cármen Lúcia, em voto nos **ADI- DE 2.728/AM**, p. 23.

situações, fatos e relações jurídicas consolidadas no tempo, ocasião em que se limitam os efeitos retroativos”. Essa circunstância não guarda relação direta com distância temporal entre a decisão do contencioso constitucional e a edição do ato impugnado. A mera distância não importa presunção capaz de justificar a modulação de efeitos. Desta forma, o lapso temporal não é o bastante, tem-se que verificar a estabilidade das relações jurídicas assentadas sob a égide da norma maculada.

Essa hipótese já era utilizada pelo STF até mesmo antes do advento da lei nº 9.868/1999, ou seja, antecipadamente a expressa previsão legal no tocante a modulação de efeitos. São exemplos: o RE 122.202/MG (os proventos e as gratificações) e a ADI 837/DF (funcionário público de fato). Nesses casos os fundamentos prolatados pelos ministros se estabelecem no sentido de preservar situações já consolidadas; eis que há resultados práticos, e em atenção ao princípio da segurança jurídica pautado na proteção da boa-fé não há razão para desatender os interesses dos que seriam prejudicados com a retroatividade da decisão.

A terceira circunstância: surgimento de vazios normativos, também justificará a dosagem da sanção de invalidade, visto que neste a retroatividade é mais agressiva pois deixará no limbo as relações jurídicas reguladas pela lei ou ato tido por inconstitucional. E, levando em conta o compromisso da função jurisdicional com a manutenção da estabilidade e da segurança jurídica no sistema jurídico nacional, a dosimetria da sanção de invalidade torna-se coerente com a garantia fundamental da segurança jurídica. Tem-se como exemplo a própria ADI 4.029, pois se incidente a regra da retroatividade aos marcos regulatórios poderia repercutir no surgimento de vazios, vácuos, normativos.

2.1 Acareação dos paradigmas

Afirma o Min. Gilmar Mendes:

O princípio da nulidade continua a ser a regra no direito brasileiro. O afastamento de sua incidência dependerá de um severo juízo de ponderação que, tendo em vista análise fundada no princípio da proporcionalidade, faça prevalecer a ideia de segurança jurídica ou outro

princípio constitucionalmente relevante, manifestado sob a forma de interesse social relevante⁸⁰.

Na técnica da ponderação para estabelecer o conteúdo da modulação, como afirmou o Ministro, dever-se-ia realizar um juízo severo de ponderação, todavia, a ponderação à brasileira é a *Katchanga*⁸¹, ou seja, padece da generalização de situações de concorrências de princípios constitucionais e ao contrário do severo juízo há uma ponderação simplista, o que significa, quase sempre, a restrição desproporcionada dos princípios. Haja vista essa generalização, o procedimento da atuação judicial passa a ser forma de participação política a qual enfraquece a imparcialidade, a positivação, a racionalidade do direito, e deixa a relação entre Judiciário e Legislativo ainda mais precária, já que as decisões resultantes dessa atividade jurisdicional não podem ser consideradas politicamente válidas ou legítimas, apesar de se poder considerá-las socialmente representativas⁸².

Outrossim, a teoria axiológica, que é acolhida pela técnica da ponderação, comporta alto nível de subjetivismo; o que se deve, em certa medida, à flexibilidade conferida à modulação pela redação relativamente aberta do art. 27 da Lei nº 9.868/99, o que pode acarretar na banalização da questão da prospectividade das decisões⁸³. A

⁸⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 197917/SP**. Recurso Extraordinário. Municípios. Câmara municipal. Limites constitucionais, Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre população e o número de vereadores. Inconstitucionalidade, incidenter tantum, na norma municipal. Efeitos para o futuro. Situação Excepcional. Rel. Min. Maurício Corrêa. Julgamento: 06 de jun. de 2002. p. 71. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/774152/recurso-extraordinario-re-197917-sp>. Acesso em: 02 de jun. de 2019.

⁸¹ LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga**. Publicado em: abr. de 2012. p. 3. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21646/alexys-a-brasileira-ou-a-teoria-da-katchanga>. Acesso em 12 de set. de 2019.

⁸² POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação? Política, direito e democracia no Brasil**. Elsevier. 2011. p. 194.

⁸³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3660/MS**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. Custas judiciais. Destinação a entidades privadas. Inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por diversas vezes, o entendimento de que é vedada à destinação dos valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes. Segurança Jurídica e excepcional interesse social, aplica-se o art. 27 da Lei nº 9868/99. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: 25 de maio de 2006. p. 31. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525829>. Acesso em: 7 de set. de 2019.

referida técnica simplesmente parte de determinados valores não fixando critérios para estabelecê-los⁸⁴.

Ademais, para os designados *moral judgements* demanda-se exímia fundamentação para as decisões amparadas em diretrizes axiológicas, uma vez que o seu suporte legal-formal não é de nítida inteligibilidade, e carregam um maior grau de superatividade do que aquele exigido para as regras. A corrente fundamentação para a modulação não acompanha essas exigências, pelas razões já mencionadas.

O subjetivismo associa-se à ideia de que a teoria axiológica, substituição dos juízos normativos deônticos (de dever ser) por juízos axiológicos, orientados simplesmente por aquilo que é bom, pode conceber conteúdos definidos por arbitrariedades, como é o caso da ADI 4029. Chegando ao que alguns autores designam como “uma típica tirania dos valores” (*Tyrannei der Werte*), calcada em movimentos preponderantemente decisionistas⁸⁵.

Como no caso da ADI 4.029, decidiu-se em “bloco”, logo um “bloco” de 496 leis convertidas de 2001 à 2012 (11 anos), atos regulatórios ou não, passaram de inconstitucional para constitucional da noite para o dia, literalmente. Os ministros não chegaram a sequer tecer o mérito de tais leis. A ocorrência de marcos regulatórios deu-se em apenas 14% das MP’s, essa porcentagem sinaliza 69 marcos regulatórios contra 427 MP’s convertidas em leis que não foram caracterizadas como marco regulatório, além disso 122 destas MP’s tratavam de crédito extraordinário. À vista disso, a decisão operou-se muito mais pelo quantitativo numérico do que pela existência de marcos regulatórios.

A pretensão dos ministros é de atribuir à modulação operabilidade lógica, parâmetros rígidos de racionalidade, objeto de um “rigoroso juízo de proporcionalidade”,

⁸⁴ VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Evolução da teoria dos direitos fundamentais**. out/dez 2007. p. 14 *apud* BÖCKENFÖRDE. 1991. p. 133.

⁸⁵ VICTORINO, Fábio Rodrigo. **Evolução da teoria dos direitos fundamentais**. out/dez 2007. p. 10.

de forma a afastar decisões com natureza eminentemente discricionária⁸⁶, mediante ponderação dos interesses, ou de princípios constitucionais, seria possível determinar, em cada caso, de modo inequívoco a dosagem da sanção da inconstitucionalidade. E, para isso o tribunal deveria perpassar as sub-regras (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito) para sopesar os interesses afetados e verificar quais dentre esses seriam sacrificados e quais teriam precedência em consequência da declaração de inconstitucionalidade com eficácia retroativa e repristinatória.

Contudo, consoante os casos analisados, esse não tem sido o caminho perseguido pela corte, sendo que o próprio teor do texto legal também contribui para isso. O “rigoroso juízo de proporcionalidade” basta-se em teoria, pois que não há preocupação em relacionar, no caso concreto, os riscos da decisão retroativa aos valores/princípios de estatura constitucional. Além disso, não é possível identificar qualquer raciocínio ponderativo dos interesses envolvidos, por meio da aplicação do postulado da proporcionalidade. Aliado a isso, o Supremo em sua argumentação não demonstra que o interesse tutelado pela modulação decorreria de um fundamento constitucional, o que confere à decisão marco de política judiciária.

Desta maneira, pleiteia-se que a modulação não se faça mais com amparo na técnica da ponderação, visto que as decisões são marcadas por abstração, generalidade, consequencialismo, por juízos de conveniência, a ponto de tratar a modulação como uma faculdade cabível, mas dispensável sob a primazia constitucional. Visão distorcida, pois a modulação não se trata de faculdade, mas sim de um dever perante a garantia fundamental da segurança jurídica. A interpretação normativa deve ser tratada como elemento progenitor da segurança dos cidadãos, e não da conveniência judicial.

Ao invés de decisões abstratas baseadas em suposições, prega-se por medidas concretas (ordenações) que atenuem a insegurança jurídica. Preconiza-se por guardar conformidade com esses escopos, a utilização do método da subsunção- concebido em três circunstâncias- em substituição à técnica da ponderação.

⁸⁶ no RE 197917/SP.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, percebe-se que as críticas ao positivismo jurídico, mormente circundadas na ausência de dinamicidade legal, foram dissipadas pelo advento do pós-positivismo, contudo essa concepção aliada à ponderação simplista reverbera hodiernas críticas concernentes ao decisionismo, ao consequencialismo e ao subjetivismo judicial.

No que tange à utilização da técnica da ponderação na modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade, verificou-se que há inconsistências com os parâmetros teóricos na ponderação que foi concebida, e essas inconsistências transformaram a ponderação em mero juízo de razoabilidade (ponderação simplista). O reducionismo da técnica a juízo de razoabilidade tornou a argumentação jurídica não um meio de construção decisória, mas um recurso de justificação que se embasa em visão consequencialista, sem estudos, sem análises, v.g. da ADI 4.029 em que a modulação dos efeitos da decisão modificou-se de um dia para o outro, o que deixa a impressão de que o julgamento foi feito sem análise, sem estudo, ou seja, de maneira simplista.

Ademais, o embasamento dos ministros para essa modificação foi o de que muitas das MP's convertidas em leis constituiriam marcos regulatórios, porém como verificou-se 427 (86%) das MP's convertidas não são marcos regulatórios, ou seja, a modulação dos efeitos está alicerçada em apenas 69 MP's (14%), o que indica que tanto na primeira decisão quanto na segunda o consequencialismo judicial, julgamento desprovido de estudos, de verificação empírica da prognose, fez-se presente.

As decisões consequencialistas possibilitadas pela técnica da ponderação simplista sujeitam a modulação dos efeitos a um juízo de conveniência do tribunal e não a um dever constitucional ante a garantia fundamental da segurança jurídica.

Com escopo de mitigar o consequencialismo e o juízo de conveniência viabilizado pela ponderação simplista buscou-se fazer um paralelo do controle de constitucionalidade da modulação dos efeitos da decisão de inconstitucionalidade com o Direito Penal, já que ambos estabelecem uma espécie de modelo bifásico. Primeiramente, procurou-se definir que a

invalidade é sanção ao vício da inconstitucionalidade. Em razão da presunção relativa de constitucionalidade, a eficácia da decisão de inconstitucionalidade é constitutiva positiva (condenatória), assim como no âmbito penal, e que a modulação dos efeitos é dosagem da extensão à sanção de inconstitucionalidade.

Ante a necessidade, enquanto viventes de uma democracia, de se criar anteparos à atividade decisória a fim de extirpar qualquer tipo de decisionismo e propiciar segurança jurídica e previsibilidade aos cidadãos, propõe-se, em analogia ao modelo penal, a substituição da técnica da ponderação, dado que pelo modo simplista em que é utilizada, mostra-se desacertada à modulação, pelo método da subsunção.

O modelo da subsunção irá excetuar a regra *ex tunc* das decisões de inconstitucionalidade em 3 circunstâncias: na ocorrência de *overruling* (mudança de entendimento); quando houver relações jurídicas preteritamente consolidadas; e quando a extirpação dos efeitos gerar vazios, vácuos normativos. Assim, diante da ausência de tais hipóteses se fixará à regra: efeitos *ex tunc* à decisão de inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

ALEXYY, Robert. **Teoria de La argumentación jurídica**. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

ALEXANDRINO, Marcelo; PAULO, Vicente. **Direito administrativo descomplicado**. 19 ed. - Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2011.

ANDRADE, Fábio Martins de. O consequencialismo, a modulação temporal dos efeitos e o ativismo judicial nas decisões do Supremo Tribunal Federal e o Estado de Direito. **Revista dialética de direito tributário**. São Paulo, n. 172. jan. 2010. p. 34-35.

BARROSO, Luís Roberto. Mudança da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria tributária. Segurança jurídica e modulação dos efeitos temporais das decisões judiciais. **Revista de direito do Estado: RDE**, [s.l.], n. 2, abr./jun. 2006. p. 261-288.

BOCCATO, Esdras. **Modulação dos efeitos temporais da declaração de inconstitucionalidade**: ponderação, subsunção e dosimetria. Dissertação de mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2013.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. 2ª ed., Bauru: Edipro, 2002.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **HC 82959**. Pena - Regime De Cumprimento - Progressão - Razão De Ser. A progressão no regime de cumprimento da pena, nas espécies fechado, semi-aberto e aberto, tem como razão maior a ressocialização do preso que, mais dia ou menos dia, voltará ao convívio social. Pena - Crimes Hediondos - Regime De Cumprimento - Progressão - Óbice - Artigo 2º, § Lº, Da Lei Nº 8.072/90 -

Inconstitucionalidade - Evolução Jurisprudencial. Conflita com a garantia da individualização da pena - artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição Federal - a imposição, mediante norma, do cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Nova inteligência do princípio da individualização da pena, em evolução jurisprudencial, assentada a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90. Paciente: Oseas de Campos. Impetrante: Oseas de Campos. Relator: Min. Marco Aurélio. Julgamento: Brasília, 23 de fev. de 2006. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/761705/habeas-corpus-hc-82959-sp>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **MS 26604**. Mandado de Segurança. Direito Constitucional e Eleitoral. Contra ato do Presidente da Câmara dos Deputados, Natureza jurídica e efeitos da decisão do Tribunal Superior Eleitoral- TSE na consulta N. 1.398 / 2007. Efeitos da desfiliação partidária pelo eleito: perda do direito de continuar a exercer o mandato eleito (...). Princípio da Segurança Jurídica e modulação dos efeitos da mudança de orientação Jurisprudencial. Impetrante: Democratas. Impetrado: Presidente da Câmara do Deputados. Relatora: Min. Carmen Lúcia. Julgamento: Brasília, 4 de out. de 2017. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14726999/mandado-de-seguranca-ms-26604-df/inteiro-teor-103113221?ref=juris-tabs>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. 2. Turma. **RE 122202**. Recurso Extraordinário. Efeitos da Declaração De Inconstitucionalidade em tese Pelo Supremo Tribunal Federal. Alegação de direito adquirido. Acórdão que prestigiou lei estadual a revelia da declaração de inconstitucionalidade desta última pelo Supremo. Subsistência de pagamento de gratificação mesmo após a decisão erga omnes da corte. Jurisprudência do STF no sentido de que a retribuição declarada inconstitucional não e de ser devolvida no período de validade inquestionada da lei de origem - mas tampouco paga após a declaração de inconstitucionalidade. Relator: Francisco Rezek. Recorrente: Emerson Tardieu de Aguiar Pereira e outros. Requerido: Estado de Minas Gerais. Julgamento: Brasília, 10 de ago. de

1993. Disponível em: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/749483/recurso-extraordinario-re-122202-mg?ref=juris-tabs>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 559.943**. Recurso Extraordinário. Direito Tributário. Constitucionalidade formal dos artigos 45 e 46 da lei n. 8.212/1991. Artigo 146, inciso iii, alínea b, da constituição da república. Prescrição e Decadência tributárias. Matéria reservada à lei complementar. artigos 173 e 174 do código tributário nacional. Recepcionados pela Constituição da República de 1988 como disposições de lei complementar, subsistem os prazos prescricional e decadencial previstos nos artigos 173 e 174 do Código Tributário Nacional. Declaração de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, salvo para as ações judiciais propostas até 11.6.2008, data em que o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade dos artigos 45 e 46 da Lei n. 8.212/1991. Requerente: Instituto Nacional do Seguro Social - INSS. Requerido: Abdalla Husein Humad ME. Relatora: Min, Cármen Lúcia. Julgamento: Brasília, 6 de nov. de 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2549236>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **RE 197917**. Recurso Extraordinário. Municípios. Câmara de Vereadores. Composição. Autonomia Municipal. Limites constitucionais. Número de vereadores proporcional à população. CF, artigo 29, IV. Aplicação de critério aritmético rígido. Invocação dos princípios da isonomia e da razoabilidade. Incompatibilidade entre a população e o número de vereadores. Efeitos para o futuro. Situação excepcional. Recorrente: Ministério Público Federal. Recorridos: Câmara Municipal de Mira Estrela e outros. Relator: Maurício Corrêa. Julgamento: Brasília, 6 de jun. 2002. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=235847>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 2154**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Foram apensados aos presente ADI 2154 os autos da ADI 2258, para processamento conjunto, dada à imbricação parcial dos respectivos objetos, relativos

à L. 9868/99- “ que dispõe sobre o processo é julgamento da ação de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal”(…). Requerente: Confederação Nacional Das Profissões Liberais - Cnpl; Conselho Federal Da Ordem Dos Advogados Do Brasil. Relator: Min. Dias Toffoli. Julgamento: Brasília, 24 de set. 2001. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=1807999>. Acesso em 07 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 837**. Ação direta de inconstitucionalidade. Formas de provimento derivado. Inconstitucionalidade. - Tendo sido editado o Plano de Classificação dos Cargos do Poder Judiciário posteriormente à propositura desta ação direta, ficou ela prejudicada quanto aos servidores desse Poder. Inconstitucionalidade, no que concerne às normas da Lei nº 8.112/90, do inciso III do artigo 8º; das expressões ascensão e acesso no parágrafo único do artigo 10; das expressões acesso e ascensão no § 4º do artigo 13; das expressões ou ascensão e ou ascender no artigo 17; e do inciso IV do artigo 33. Requerente: Procurador Geral da República. Requerido: Presidente da República. Relator: Min. Moreira Alves. Julgamento: Brasília, 27 de ago. 1998. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266558>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 3660**. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Efeito repristinatório da declaração de inconstitucionalidade. Custas judiciais. Destinação a entidades privadas. Inconstitucionalidade. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou, por diversas vezes, o entendimento de que é vedada à destinação dos valores recolhidos a título de custas e emolumentos a pessoas jurídicas de direito privado. Precedentes.Segurança Jurídica e excepcional interesse social, aplica-se o art. 27 da Lei nº 9868/99.Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Governador e Assembleia Legislativa do Estado de Mato-Grosso do Sul. Relator: Min. Gilmar Mendes. Julgamento: Brasília 25 de maio de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=525829>. Acesso em: 7 set. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Tribunal Pleno. **ADI 4.029**. Ação Direta De Inconstitucionalidade. Lei Federal Nº 11.516/07. Criação do Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. Legitimidade da Associação Nacional dos Servidores do Ibama. Entidade de Classe de âmbito nacional. Violação do art. 62, caput e § 9º, da constituição. não emissão de parecer pela comissão mista parlamentar. inconstitucionalidade dos artigos 5º, caput, e 6º, caput e parágrafos 1º e 2º, da resolução nº 1 de 2002 do congresso nacional. Modulação dos efeitos temporais da nulidade (art. 27 da lei 9.868/99). ação direta parcialmente procedente. requerente : associação nacional dos servidores do ibama - asibama nacional. Requerido: Presidente da República e Congresso Nacional. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: Brasília, 08 de mar. 2012. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2227089>. Acesso em: 30 ago. 2019.

BRASIL. **Lei nº 9.868/99**, de 10 de novembro de 1999. Dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9868.htm. Acesso em: 7 set. 2019.

BULLA, Beatriz. **Precisamos restaurar a confiança na política**, diz Toffoli. Terra, [s.l.], 2 nov. 2018. Disponível em: <https://c/www.terra.com.br/noticias/judiciario-passou-anos-sendo-protagonista-agora-politica-deve-voltar-a-liderar-diz-toffoli,9b55421d81f19646cd3282aa9482b1f1ndumbp79.html>. Acesso em: 07 set. 2019.

BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. **Teoria do direito e decisão racional**: Temas de teoria da argumentação. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BUZAID, Alfredo. **Da ação direta de declaração de inconstitucionalidade no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, set/out. 1958.

CASSEB, Paulo Adib. **Processo Legislativo**: atuação das comissões permanentes e temporárias. São Paulo: RT. p. 285, 2008.

ECO, Umberto. **Os limites da Interpretação**. Trad. de Pérola de Carvalho. São Paulo: Perspectiva, 2004.

ÈVE, Clèmerson Merlin. **Medidas Provisórias**. 3ª ed. São Paulo: RT, 2010.

FERNANDES, André Dias. **Modulação de efeitos e decisões manipulativas no controle de constitucionalidade brasileiro**: possibilidades, limites e parâmetros. Salvador: JusPODIVM, 2018.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Ação rescisória e divergência em matéria constitucional: Artigo doutrinário. **Revista dos Tribunais**, ano 5, n. 17, out./dez. 1996.

CÓRDOVA JÚNIOR, Milton. **A ditadura do judiciário**. Migalhas, [s.l.], 15 mar. 2018. Disponível em : <https://www.migalhas.com.br/Leitores/276410>. Acesso em: 09 set. 2019.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. 8ª. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LAZARI, Rafael José Nadim De. A modulação de efeitos no controle difuso de constitucionalidade: análise com base em caso concreto. **Revista de direito constitucional e Internacional**, v. 105/2018, p. 15-28, jan./fev. 2018. Disponível em: <https://www.revistadostribunais.com.br/maf/app/authentication/formLogin>.

LEAL, Fernando Angelo Ribeiro. Consequencialismo judicial na modulação de efeitos das decisões declaratórias de inconstitucionalidade nos julgamentos de direito tributário. **Rev. Bras. Polít. Públicas**, Brasília, v. 7, n. 3, p. 818-843, 2017.

LIMA, George Marmelstein. **Alexy à brasileira ou a Teoria da Katchanga**. abr. 2012. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/21646>. Acesso em: 04 set. 2019.

LÔBO, Paulo Luiz Neto. O controle da constitucionalidade das leis e o direito adquirido. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 27, n. 106, p. 37-54, abr./jun. 1990.

MACCORMICK, Neil. **Argumentação jurídica e teoria do direito**. Tradução Waldéa Barcellos. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira. Supremo Tribunal Federal. **Revista de Direito Sanitário** 11, n. 3, 1 fev. 2011. Disponível em: <https://doi.org/10.11606/issn.2316-9044.v11i3p203-203>.

_____. **Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade**. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MONTORO, André Franco. Introdução à ciência do direito. 26. ed. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2005.

POGREBINSCHI, Thamy. **Judicialização ou representação?: Política, direito e democracia no Brasil**. Elsevier. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Senso incomum a Katchanga e o bullying interpretativo no Brasil**. Publicação: 28 jun. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-jun-28/senso-incomum-katchanga-bullying-interpretativo-brasil>. Acesso em: 31 ago. 2019.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional**. 40ª ed. São Paulo: Melheiros Editores, 2017.

SILVA, Luís Virgílio afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, abr. 2002.

VICTORINO, Fábio Rodrigo. Evolução da teoria dos direitos fundamentais. **Revista CEJ**, Brasília, Ano 11, n. 39, p. 10-20, out/dez. 2007.

WOLFFENBUTTEL, Andréa. **O que é marco regulatório?** Ano 3. Edição 19. Brasília. IPEA, 2006. Disponível em: http://desafios.ipea.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2093:catid=28&Itemid=23. Acesso em : 07 set. 2019.